ÉTUDE ANNUELLE 2019

La propriété dans la jurisprudence de la Cour de cassation

LISTE DES CONTRIBUTEURS

Ont contribué à l'Étude sous la direction scientifique de Madame le professeur Judith Rochfeld :

M. Lionel Ascensi

Mme Nathalie Auroy

Mme Caroline Azar

M. Jean-Jacques Barbieri

M. Patrick Béghin

Mme Claire Bohnert

M. Nicolas Bonnal

Mme Sophie Canas

M. Cyril Cardini

M. le président Pascal Chauvin

Mme Anne-Lise Collomp

Mme Catherine Corbel

Mme Martine Dagneaux

M. Alexandre David

Mme Bénédicte Djikpa

Mme Anne-Gaëlle Dumas

M. Olivier Echappé

M. Thierry Fossier

Mme Maud Fouquet

Mme Stéphanie Gargoullaud

Mme Isabelle Gelbard-Le Dauphin

M. Alain Girardet

M. Ronan Guerlot

M. Ludovic Jariel

M. François Jessel

M. Henri de Larosière de Champfeu

M. Bruno Lavielle

M. Edouard De Leiris

Mme Lise Leroy-Gissinger

Mme Sylvia Le Fischer

Mme Julie Mouty-Tardieu

M. Robert Parneix

Mme Pécaut-Rivolier

Mme Nicole Planchon

M. Xavier Prétot

M. Xavier Samuel

M. Renaud Salomon

Mme Jocelyne Vallansan

M. Samuel Vitse

M. Raphaël Weissmann

En collaboration avec le comité de suivi et d'harmonisation composé de :

Mme Claudie Aldigé

Mme Renée Koering-Joulin

M. Patrick Matet

M. Xavier Prétot

M. Bruno Sturlèse

La coordination a été assurée par le bureau des publications du service de documentation, des études et du Rapport de la Cour de cassation (SDER), sous la responsabilité de Mme Stéphanie Vacher.

SOMMAIRE

INTRODUCTION

La propriété s'inscrit, dans nos sociétés occidentales, comme le grand paradigme du lien qu'entretiennent les personnes avec les choses [1]. Elle s'impose comme l'un des piliers du pacte social et du fonctionnement de l'économie de marché.

Le code civil français en a manifesté l'importance, au sein de son livre II, « Des biens et des différentes modifications de la propriété ». La propriété s'y trouve plus précisément traitée au titre II, au sein duquel l'article 544 compose l'un des textes les plus célèbres : « *la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par la loi et les règlements* ». Le livre III du code recense, lui, les « différentes manières dont on acquiert la propriété » et énumère à ce titre les successions, les libéralités et les contrats. Il attire ainsi vers la propriété des actes d'une importance sociale cruciale. Par ailleurs, des propriétés « spéciales » se déclinent dans nombre d'autres codes désormais (codes de commerce, de l'environnement, du patrimoine, etc.).

Sur ces fondements, la Cour de cassation a, au fil de ses décisions et en rapport avec la doctrine, construit et orienté la compréhension de la notion « moderne » de propriété. Elle a accompagné le développement de son domaine ainsi que de sa puissance, faisant une place aux changements sociaux, politiques et économiques qui les ont influencés, voire affrontant ses « crises ». Elle a participé à sa majesté dans le passé (1) ; articule aujourd'hui son expansion à nombre d'objets et la limitation de sa puissance (2) ; et devra certainement, dans l'avenir, en identifier la place et le rôle face à des évolutions considérables tenant en la crise écologique majeure ou en la concurrence des figures de l'accès et de l'usage (3). Bien plus que d'un accompagnement et d'une construction linéaire, toutefois, la jurisprudence de la Cour a souvent témoigné, et témoigne encore, d'une coexistence de plusieurs courants, de sorte que la vision simpliste d'un passé majestueux, d'un présent agité et d'un avenir incertain, pour synthétique qu'elle soit, doit en réalité être accueillie avec précaution et nuances.

1. LE PASSE : LA MAJESTE

Sous ces réserves, on peut isoler une première période, tenant en celle de la majesté de la conception « moderne » de la propriété. Pendant le XIXe et le début du XXe siècle, on lira ainsi les arrêts de la Cour de cassation comme s'inscrivant dans le paradigme d'une maîtrise absolue et matérielle des choses par les hommes ; d'une domination des premières par les seconds ; d'un pouvoir s'exerçant de manière physique, par emprise sur la matière et embrassant, par voie de conséquence, en majorité les choses corporelles. C'est

[1]. Sur la propriété comme « dogme » ou « paradigme », *cf.* M. Xifaras, *La propriété. Étude de philosophie du droit*, Paris, PUF, 2004, spéc. pp. 8-12 ; W. Dross, *Droit des biens*, 4e éd., Domat, *LGDJ*, Lextenso éditions, 2019, nº 3 et s. ; S. Vanuxem, *Les choses saisies par la propriété*, Bibliothèque IRJS, t. 35, Paris, IRJS Éditions, 2012.

en conformité avec ce paradigme que la Cour construira les « composantes » de la propriété, c'est-à-dire les prérogatives et caractères aptes à la mettre en œuvre sous ce prisme, dessinant par là la figure du titulaire idéal, celle d'un propriétaire isolé et exclusif (A). Pourtant, cette conception « pure » de la propriété ne s'est jamais imposée intégralement, en théorie comme en pratique : c'était faire peu de cas des autres exigences portées par l'article 544 de conformité de l'« *usage* » des choses « à *la loi et aux règlements* » et de l'inscription de son exercice dans une « socialisation » accrue. D'où le diagnostic posé par certains auteurs, au milieu du XXe siècle, d'une première « crise » (B).

A. La maîtrise individuelle des choses corporelles

La présentation de la propriété comme un rapport d'emprise d'une personne aux choses, traduite dans les textes révolutionnaires et le code civil, puis installée dans la jurisprudence de la Cour de cassation, peut paraître entendue. Elle est pourtant loin d'être traditionnelle. En effet et en premier lieu, si le droit romain avait une conception de la *proprietas* qui renvoyait également à un rapport de domination sur la matière, il ne le concevait pas exactement selon la même forme juridique que les « modernes » : en droit romain, la « propriété » existe seule, sans le détour par un « droit de propriété » ; elle est la domination, le *dominium*, de l'homme sur les choses, en tant que pouvoir direct [2]. La propriété se confond ainsi avec le pouvoir sur la chose, sans que le droit ait besoin de la consacrer. Elle n'y est donc pas le « droit » de propriété, mais une « propriété puissance », c'est-à-dire un rapport direct à l'objet de la propriété [3]. C'est le droit coutumier médiéval puis la redécouverte du droit romain par les Glossateurs aux XIIe et XIIIe siècles qui modifiera considérablement cette approche. Tout d'abord, la propriété deviendra un droit au sens d'une « relation médiate » ou d'un « *pouvoir organisé en rapport social* » [4]. À partir de là et en conséquence, il faudra réunir trois éléments pour être propriétaire : l'individu, la chose et le droit qui les relie. Ensuite, ce droit portera, non directement sur la matière, mais sur ses utilités ; il n'est plus marqué par l'emprise du *corpus* d'une chose mais par le bénéfice d'une utilité, utilité renvoyant à une « saisine » définie comme une « *maîtrise privative, légitime et durable* » [5]. On admettra ainsi, sur un même bien, la superposition de pouvoirs simultanés portant sur chacune des utilités qu'un bien peut offrir. Si l'on prend l'exemple de la terre, l'une des utilités relevait du « domaine direct » et revenait au seigneur, l'autre du « domaine utile » et relevait de celui qui la cultivait ou du vassal [6]. Dès lors, il sera nécessaire, pour organiser cette coexistence, de régir les rapports personnels entre les divers propriétaires ; d'imbriquer les multiples liens d'obligations que les différents titulaires devaient entretenir sur une même matière. Enfin, nombre de groupes –

---

2. A.-M. Patault, « Regard historique sur l'évolution du droit des biens. Histoire de l'immeuble corporel », *in L'évolution contemporaine du droit des biens*, 3es Journées Savatier 1990, PUF, 1991, p. 4.
3. F. Zenati, « Essai sur la nature juridique de la propriété », th. Lyon, 1981, dir. J. Rubellin-Devichi, n° 134 et s., p. 191 et s., spéc. n° 161 et s., p. 223 et s. (des discussions demeurent toutefois).
4. A.-M. Patault, art. préc., p. 6.
5. A.-M. Patault, art. préc., p. 5.
6. J.-L. Halpérin, *Histoire du droit des biens*, Economica, 2008, p. 72-74.

villageois, familiaux, religieux – recueillaient la propriété : les différentes utilités de la chose étaient réparties entre plusieurs mains [7].

Il faudra donc attendre la Révolution française et l'accueil qu'elle réserve aux apports des Lumières et à leur conception de la liberté pour que s'impose, parvenue aux juristes par l'intermédiaire de Pothier, l'idée d'un droit de propriété, exclusif, subjectif et individuel. Il ne faut pas occulter, également, ce que cette conception « moderne » doit à la laïcisation du monde et à la version chrétienne de la propriété élaborée par les Jusnaturalistes – en tant que droit naturel d'une personne sur une chose matérielle –, inspiration qu'ils avaient eux-mêmes puisé à la Seconde Scolastique [8] : on passera d'une « propriété » déléguée par Dieu, sous la forme d'une sorte d'usufruit ou d'une propriété « retenue » (elle-même déformation de la « propriété collective du clan » transmise de père en fils [9]), à celle de l'homme, « maître et possesseur » de la Nature ; à une domination des choses par l'homme, qui en bénéficie du seul fait de sa nature d'être humain. De là découle aussi que, dans le même temps où les textes révolutionnaires puis le code civil dessineront la propriété comme ce droit majestueux sur les choses, celle-ci s'impose également comme un droit « de l'homme », « naturel » et « imprescriptible », à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 [10]. Les deux mouvements feront que la propriété sera décrite telle cette domination absolue de la matière permettant de rompre avec les liens d'obligations multiples de l'Ancien Régime ; comme l'expression de la liberté conçue comme une autonomie se manifestant par une autarcie matérielle sur ses biens ; une face patrimoniale de la liberté [11] ; comme un pouvoir d'exclure autrui de la jouissance de ses choses, de se prémunir par là de toute ingérence des tiers [12]. Qu'elle s'impose comme un droit direct, figure du « droit réel », établissant une relation non médiée entre l'homme et les choses ; comme ce pouvoir matériel, physique, du premier sur les secondes, renvoyant à celui « *de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue* » et sans aucune concurrence [13]. C'est dans cet esprit que Portalis précisait que « *le corps entier du code civil est consacré* à *définir la propriété ; droit fondamental sur lequel toutes les institutions reposent* » [14]. D'où, également, la figure du propriétaire qui s'en

7. A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989, n° 28 et s., p. 37 et s.

8. M.-F. Renoux-Zagamé, *Origines théologiques du concept moderne de propriété,* Droz, 1987, p. 12-13 et s.

9. A.-M. Patault, *Introduction historique…, op. cit.*, n° 10, p. 24-25.

10. *Adde* l'article 17 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité. »

11. C. Demolombe, *Cours de code Napoléon,* t. IX, *Traité de la distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation,* Paris, Pedone Lauriel et Hachette, vol. 1, n° 534 et s. ; J. Carbonnier, « Le droit de propriété dans la vision révolutionnaire », *in Flexible droit,* 10e éd., *LGDJ,* 2001, p. 345.

12. P. Garnsey, *Thinking about Property. From the Antiquity to the Age of Revolution*, University of Cambridge Press, 2007 ; traduction française de A. Hasnaoui : *Penser la propriété. De l'Antiquité jusqu'à l'ère des révolutions*, Paris, Les Belles Lettres, 2013, p. 231.

13. Not. J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé en France depuis 1804*, PUF, « Quadrige », n° 72 et s., p. 179 et s. ; *Histoire du droit des biens, op. cit.,* p. 179 et s. ; J. Carbonnier, « Le droit de propriété dans la vision révolutionnaire », art. préc., p. 345.

14. J.-E.-M. Portalis, »Discours préliminaire ou discours de présentation du titre de la propriété », *in* P.-A. Fenet, *Travaux préparatoires du code civil*, t. 11, Paris, § 544, p. 132.

infère : celle d'un individu isolé, auquel la propriété-matière, l'emprise directe *via* son droit individuel, assure l'autonomie, loin du groupe dont il dépendait [15].

Cette conception allait se maintenir pendant la première moitié du XIXe siècle [16] et entraîner des conséquences sur le domaine et les « composantes » de la propriété. Il reviendra à la Cour de cassation de jouer un rôle non négligeable dans leur conformation. Et, en premier lieu, de resserrer la propriété décrite sur un domaine particulier : celui des choses corporelles (mais il est vrai que les immeubles composaient les richesses de l'époque). La maîtrise physique et effective de la matière par une personne, qui correspondait le mieux à cette conception, renvoyait en effet assez naturellement à une emprise juridique qui lui ressemble, c'est-à-dire sur les choses corporelles. À l'inverse, elle induisait le rejet de la propriété en l'absence de *corpus*. Cette conception (ou orientation dominante) jouera donc aussi sur celle des biens : seules les choses susceptibles de se prêter à l'idée de propriété ainsi conçue, c'est-à-dire aptes à supporter ce pouvoir d'appropriation direct et exclusif, seront admises à la qualification de biens.

En second lieu, cette conception se reflétera également dans la construction puis la présentation majoritaire des prérogatives offertes par la propriété, ainsi que sur ses caractères. C'est d'ailleurs ici que se liront peut-être le plus clairement les apports de la Cour de cassation (et de la doctrine). L'article 544 énonce « *le droit d'user et de jouir de la manière la plus absolue* » ; c'est bien davantage un triptyque propre à assurer une maîtrise totale de la chose que l'on entérinera, la réunion des fameux pouvoirs d'*usus* (de se servir de la chose ou de ne pas s'en servir), *fructus* (d'en retirer les fruits) et *abusus* (d'en disposer matériellement et juridiquement, jusqu'à la détruire ou la céder). La Cour valorisa d'ailleurs l'*abusus*, comme concentrant « l'essence » de la propriété, ne pouvant être remise en question sans que la propriété elle-même le soit. À l'égard des caractères, il lui reviendra aussi de faire ressortir ceux exclusif et perpétuel alors que seul l'absolu figurait expressément à l'article 544 du code civil (« *la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue* […] ») [17]. La doctrine lui avait préparé le chemin [18], présentant le perpétuel comme un dérivé du caractère absolu : le droit de propriété, parce qu'il est absolu, recouvre le droit de ne pas utiliser la chose, même pendant une longue période ; ce droit de ne pas utiliser implique que le droit de propriété ne s'éteigne pas dans ce cas, c'est-à-dire ne disparaisse pas par le non-usage ; en conséquence le caractère absolu suppose que le droit de propriété ne puisse pas être touché par une pres-

---

15. J.-L. Bergel, M. Bruschi et M. Cimamonti, *Les biens*, 2e éd., *LGDJ*, 2010, no 60, p. 62-63, énonçant que l'avènement du droit de propriété est l'histoire d'une individualisation.

16. Sur l'ensemble de l'évolution : F. Zenati, « Essai sur la nature juridique de la propriété », *op. cit.* ; F. Zenati et T. Revet, *Les biens*, 3e éd., PUF, 2008, spéc. no 166 et s., p. 261 et s. ; F. Terré, « L'évolution du droit de propriété depuis le code civil », *Droits*, 1985, p. 33 ; M.-F. Renoux-Zagamé, *op. cit.* ; J. Carbonnier, « Le droit de propriété depuis 1914 » et « Les dimensions personnelles et familiales de la propriété », *in Flexible droit*, 10e éd., *op. cit.*, p. 352 et p. 371 ; M. Xifaras, *La propriété : étude de philosophie du droit*, *op. cit.*

17. A.-M. Patault, *Introduction historique…*, *op. cit.*, no 171 et s., p. 199 et s., mettant également en lien ce caractère et la règle capitale selon laquelle, en France, la propriété se transfère *solo consensu* : tout-puissant sur son bien, le propriétaire en dispose par son seul consentement, sans que la société puisse prétendre à une quelconque information ou intervention (sauf la nuance de la publicité foncière, introduite, non sans débats, en 1855).

18. Not. A. Duranton, *Cours de droit français suivant le code civil*, t. XXI, Thorel, 1837, no 344, p. 562-565.

cription, soit donc « *imprescriptible* » (article 2227 du code civil) [19]. La Cour de cassation en tirera toutes les conséquences : en 1905, elle consacrera l'imprescriptibilité des actions en revendication d'un immeuble [20] ; en 1993, celle des actions mobilières (relatives en l'occurrence à des tableaux) [21]. Elle comprendra, en outre, cette perpétuité comme objective, c'est-à-dire devant s'aligner sur le *corpus* de la chose. Le caractère exclusif de la propriété a quant à lui été mis en valeur plus tard, toujours dans le prolongement du caractère absolu. Il apparaît chez Josserand notamment [22]. Il n'était cependant pas ignoré du code civil : les rédacteurs, qui tenaient à marquer cette rupture radicale avec l'Ancien droit, ne concevaient pas que la propriété puisse être divisée entre plusieurs personnes [23]. Le caractère absolu de la propriété était donc compris comme relié à son caractère exclusif au sens où il serait impossible d'imposer à un propriétaire un droit concurrent sur sa chose, que ce soit celui d'un tiers ou des pouvoirs publics.

En définitive, exaltée comme ce droit « absolu, exclusif et perpétuel » pendant tout le XIXe siècle [24], puis pendant le début du XXe siècle, la conception de la propriété portée par le code civil et mise en œuvre par la Cour de cassation pendant le XIXe siècle traduit l'état du rapport au monde de cette époque. D'un côté, celui des rapports de l'homme aux choses : le droit de propriété figure une emprise et une domination qui étaient alors possibles. D'un autre côté, celui des rapports de l'homme à autrui : il signifie un isolement, une soustraction des biens aux pouvoirs concurrents d'autres personnes [25], réaction à la situation antérieure.

B. La première « crise »

Pour autant, il n'y a jamais eu de vision monolithique. Par ailleurs, les nouvelles nécessités de la vie sociale, sous le coup de l'« extension contemporaine des agglomérations urbaines » et de la vie qui s'y développe [26], de l'intensification du voisinage durant la seconde moitié du XIXe siècle (et pendant le XXe siècle), vont impliquer des restrictions aux pouvoirs sur les biens.

En théorie d'abord, s'opposeront plus clairement une conception naturelle de la propriété – selon laquelle l'individu a un droit direct sur la chose – et une conception médiée

---

19. Il sera formulé ainsi par la loi du 17 juin 2008 ; anc. art. 2262 ; T. Lamarche, « L'imprescriptibilité et le droit des biens », *RTD civ.* 2004, p. 403.
20. Req., 12 juillet 1905, *DP* 1907, 1, 141, obs. Potier, *S.* 1907, 1, 273, note Wahl, *GAJC* nº 66, p. 430.
21. 1re Civ., 2 juin 1993, pourvois nº 90-21.982, nº 91-10.971, nº 91-12.013 et nº 91-10.429, *Bull.* 1993, I, nº 197, *D.* 1994, p. 582, note B. Fauvarque-Cosson, *RTDC civ.* 1994, p. 389, obs. F. Zenati. La réforme du droit de la prescription issue de la loi du 17 juin 2008 a, certes, pu faire naître un doute sur le maintien de ce principe car elle contient certaines ambiguïtés et maladresses qui s'accordent mal avec lui, *cf.* M. Mignot, « La proposition de loi portant réforme de la prescription en matière civile : une nouvelle application du droit de ne pas payer ses dettes », *LPA* 26 fév. 2008, nº 41, p. 6.
22. L. Josserand, *Cours de droit civil*, t. 1, 3e éd., Sirey, 1938, nº 1471, p. 809.
23. *Cf. infra.*
24. Par ex. C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, 1839, t. I, Lagier nº 193.
25. M.-A. Frison-Roche et D. Terré-Fornacciari, « Quelques remarques sur le droit de propriété », *APD* 1990, p. 233.
26. H. Solus, obs. sous Cass., 4 avril 1927, *RTD civ.* 1927. 687.

ou légaliste selon laquelle c'est la loi qui octroie à l'individu ce droit [27]. Le paradigme de la propriété en tant que pouvoir absolu revenait en outre à faire peu de cas de la dernière partie de l'article 544 qui a toujours réservé les nuances nécessitées par la vie en société : la propriété est certes le droit « *de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue* », mais « *pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ». Cette réserve atteste du fait que le code civil, tout libéral et individualiste qu'il fut, envisageait des limites à la propriété. L'utilité publique peut même imposer au propriétaire une privation de son bien : les articles 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et 545 du code civil prévoient l'expropriation pour cause d'utilité publique sous réserve « *d'une juste et préalable indemnité* » [28]. La doctrine du XIX[e] siècle s'attacha d'ailleurs à articuler les pouvoirs du propriétaire et des tiers, que ces articulations fussent consenties ou imposées. Duranton par exemple faisait la distinction entre une propriété en domaine « *plein* » – offrant la « *faculté de disposer de la chose, d'en percevoir tous les produits, toute l'utilité, et de la revendiquer* » – et en domaine « *moins plein* », « *attribu[ant]* à *un autre les* émoluments *de la chose, et même aussi le droit de la revendiquer* » [29]. Dès 1905, Vareilles-Sommières, tout en définissant la propriété comme un « *droit de puissance générale aux services d'une chose* » ou encore « *le droit en vertu duquel une personne peut en principe tirer d'une choses tous ses services* […] », ajoutait immédiatement que, « [c]*omme le font entendre les mots en principe, la propriété n'est pas le droit de tirer d'une chose tous ses services sans exception* […] » : « *les lois positives lui font subir de nombreuses restrictions* » et « *le propriétaire lui-même, en concédant* à *d'autres personnes des droits sur la chose diminue fréquemment le champ libre de son activité sur elle* » [30]. Il induisait de là une présentation de la propriété en tant que « *droit d'étendue variable, susceptible d'atteindre un maximum* » [31] lorsque le propriétaire bénéficie pour lui-même de toutes les utilités de la chose. Certes, dans l'esprit de ces auteurs, les limites étaient présentées comme consenties par le propriétaire.

Mais, en pratique ensuite, des servitudes (militaires, de hâlage, etc.) viennent limiter la propriété tout au long du XIX[e] ; des zones d'habitation et d'industrie vont se multiplier ; la mise en réseau de l'eau puis de l'électricité va impliquer la pose de poteaux ou d'antennes sur des propriétés privées ; il faudra faire de la place pour aménager les rues, les égouts et les voies de transports qui s'agrandissent… Toutes ces interventions et installations induites par la modernisation atteignent les propriétés, dans le même temps où s'impose cette figure dérangeante et subversive du voisin. Le propriétaire subit de plus en plus de limites dans la jouissance de ses biens sous le coup des lois mais également des décisions judiciaires. Ces limites sont posées en faveur de l'intérêt général, à l'instar de

---

27. J.-P. Lévy, *Histoire des institutions privées. La propriété et les biens*, Les cours de droit, 1969-70, p. 224 et s., et *Histoire de la propriété*, Paris, 1972 ; A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, *op. cit.* Ce, même pendant la période d'élaboration du code civil, *cf.* J.-L. Halpérin, « Propriété et souveraineté de 1782 à 1804 », *Droits* 22-1995. 67.
28. A. Cheynet de Beaupré, « L'expropriation pour cause d'utilité privée », *JCP G* 2005, I, 144.
29. A. Duranton, *Cours de droit civil français suivant le code civil*, t. IV, 2[e] éd., Paris, Videcoq et Bréchet, 1828, n° 265.
30. Vareilles-Sommières, « La définition et la notion juridique de la propriété », *RTD civ.* 1905. 444, spéc. n° 78 et s., p. 485 et s.
31. Vareilles-Sommières, art. préc., n° 6, p. 446. V. égal. W. Dross, « Que l'article 544 du code civil nous dit-il de la propriété ? », *RTD civ.* 2015. 27, retraçant l'historique de l'exaltation de l'absolutisme comme ce qui reste lorsque l'on a écarté de l'article 544 « *pourvu qu'on en fasse pas un usage prohibé par les lois et par les règlements* ».

l'assujettissement à divers charges ou impôts, de la soumission à des contraintes sous forme de servitudes d'utilité publique, d'obligations d'exploiter utilement son bien, comme de cultiver ses terres, ou de tenir en l'état son bien sans danger pour autrui (notamment pour les bâtiments qui pourraient tomber en ruine). Ces limites jouent également en faveur des tiers, et notamment de cette fameuse figure du voisin : on multipliera les servitudes impliquées par le voisinage et les réglementations des usages. La propriété ne s'exerce plus dans un univers isolé et ce rappel emportera sa « socialisation », au sens d'une réintégration de sa composante sociale et de relation aux personnes. Dans le même temps, la propriété commencera sa dématérialisation (au-delà de celle intellectuelle) : les immeubles s'érigent vers le haut et poussent à dépasser la propriété de la surface vers celle de l'espace et du volume (selon l'adage *superficies solo cedit* : la propriété du sol emporte celle du dessous et du dessus, art. 552, c. civ.) [32] ; les fortunes évoluent et intègrent les valeurs incorporelles.

La Cour de cassation ne restera pas en marge de ce mouvement. Elle admettra en 1844 une responsabilité pour trouble excédant « *la mesure des obligations ordinaires du voisinage* » [33], qui deviendra un principe autonome. Elle reconnaîtra spectaculairement que l'exercice du droit de propriété peut dégénérer en abus, spécialement si le propriétaire est mû par une intention de nuire, sonnant le glas d'une conception absolutiste [34]. Plus loin, nombre d'arrêts de la Cour de cassation du début du XXe siècle admettront cet abus sans intention de nuire mais en l'absence de motif légitimant l'action dérangeante [35].

Le tout poussera nombre d'auteurs du milieu du XXe siècle à saisir les évolutions sur le mode de la crise ou de la « désagrégation » de la propriété [36], plus exactement de celle originelle et libérale, minée par les attaques à ses caractères absolu et exclusif. Une limite, pourtant, n'avait pas été franchie dans les orientations décriées : la loi et la jurisprudence n'ont jamais été jusqu'à consacrer la figure d'une « propriété sociale » [37] conçue par une certaine doctrine comme une véritable « version alternative » à celle libérale (et non simplement corrective) [38], ce alors même qu'elle se développait à partir de 1848 et des

---

32. R. Savatier, « La propriété de l'espace », *D.* 1965, chr., p. 213, fut novateur et défendit le premier l'idée d'une propriété sans support foncier (du seul espace) ; *contra* G. Goubeaux, « Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière », *in Mél. A. Weill*, Dalloz, 1979, p. 279.
33. Cass. Civ., 27 novembre 1844, *S.* 1844. 1. 811.
34. Cass. Req., 3 août 1915, *DP* 1917.1.79.
35. Par ex., Cass. Req, 23 mars 1927, *Gaz. Pal.* 1927. 2. 109, *RTD civ.* 1927. 681, obs. H. Solus.
36. *Cf.* not. G. Morin, « Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété », *in Le droit privé français au milieu du XXe siècle*. Études Ripert, 1950, t. II, p. 3, et not. p. 6 ; M. Villey, « Notes sur le concept de propriété », *in Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*, Dalloz, 1976, p. 187.
37. L'expression est à distinguer de celle aujourd'hui utilisée dans divers écrits pour en appeler à la défense d'une propriété sociale garante d'un minimum social pour les plus démunis, même si ces écrits suggèrent également d'assigner des fins sociales à la propriété, *cf.* R. Castel, *La propriété sociale*, Paris, Fayard, *Les métamorphoses de la question sociale*, 1995, chap. VI, p. 268-322 ; R. Castel et C. Haroche, *Propriété privée, propriété sociale, propriété de soi*, Paris, Fayard, 2001.
38. M. Xifaras, V° « Propriété sociale », *in* M. Cornu, F. Orsi et J. Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, PUF, « Quadrige », 2017, pour les deux vocabulaires d'« alternatif » et de « correctif ». Égal. N. Wagener, V° Droit social, *ibid.*

écrits de Proudhon[39], puis sous d'autres formes sous les plumes de Duguit[40] ou de Josserand[41]. La propriété n'est pas devenue cette fonction sociale s'imposant au propriétaire et finalisant entièrement ses prérogatives, dans un projet politique qui aurait remis en question son statut de droit subjectif ou l'aurait fortement borné.

2. LE PRESENT : LE PARADIGME EBRANLE ?

Qu'en est-il aujourd'hui ? Les contributions qui émaillent cette Étude mettent en avant les arrêts de la Cour de cassation les plus récents en matière de propriété et témoignent des directions à l'œuvre dans la jurisprudence de la Cour. Précisément, elles illustrent la tension contemporaine majeure, autour de laquelle l'Étude a été construite (ce qui laisse en conséquence dans l'ombre, de façon assumée, d'autres pans du droit relatif à la propriété qui auraient eu vocation à s'y trouver, tels que la preuve de la propriété ou ses modes d'acquisition et de transfert) : d'un côté, la propriété reste ce solide paradigme qui tend à s'appliquer à tout rapport des humains aux éléments de valeur, avec pour conséquence de minimiser les interrogations sur la légitimité de son expansion à de nouveaux objets, notamment intangibles ou relevant de la sphère du vivant (A) ; d'un autre côté, sa puissance se nuance toujours plus (B). Cette tension n'est pas nouvelle et a déjà été maintes fois relevée[42]. L'Étude donne cependant à voir plusieurs points d'hésitations et de bascule importants au sens où la réponse qui sera *in fine* donnée là emportera des conséquences non négligeables sur la persistance de la force du modèle propriétaire[43]. Quelles sont les nouvelles articulations avec les droits et intérêts des tiers ? La Cour va-t-elle notamment adopter un contrôle de proportionnalité pour juger de la légitimité de l'exercice de la propriété ? Quel sort pour les nouveaux éléments de valeur qui se relient à la personne ? Quel arbitrage face à la poussée grandissante de nouveaux intérêts généraux, notamment les impératifs écologiques ? Le monument demeure, mais il est peut-être en passe d'être ébranlé.

A. L'expansion

À l'abord pourtant, c'est bien la poursuite d'un mouvement d'expansion que l'on va constater au fil des arrêts mis en lumière.

---

39. Sur l'ensemble de l'évolution, ainsi que sur celle des différentes catégories de propriétés, rurales, urbaines, ou industrielles, *cf.* J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, « Quadrige », nº 72 et s., p. 119 et s.

40. L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon*, F. Alcan, 1920, p. 147, rééd. *La mémoire du droit*, 2008, 6e conférence, p. 147 et s.

41. L. Josserand, *De l'abus du droit*, Rousseau, 1905 ; *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, rééd. Dalloz, 2006, spéc. p. 311 et s.

42. Jusqu'au Conseil constitutionnel, *cf.* Cons. const., 16 janvier 1982, décision nº 81-132, DC, Loi de nationalisation, cons. 16. Sur ce double mouvement, *cf.* par ex. C. Atias, « Destins du droit de propriété », *Droits* 1985, p. 5, spéc. p. 9 et 13.

43. *Les modèles propriétaires. Hommage au professeur H.-J. Lucas, LGDJ-PUJ* de Poitiers, 2012, spéc. partie III.

Vers les intangibles tout d'abord (on préférera le terme « intangible » à celui d'« immatériel » tant ce dernier occulte la matière composant ces intangibles – comme les ondes – ou sous-tendant leur production, comme les infrastructures d'internet [44]). C'est devenu un lieu commun d'affirmer que les sociétés contemporaines, sophistiquées et intellectuelles, ont dépassé la matière et évolué vers la production de richesses sans *corpus* naissant soit de l'activité humaine soit de constructions juridiques abstraites : les œuvres de l'esprit, les inventions, les fonds de commerce, les valeurs mobilières, les clientèles civiles, le savoir-faire, d'un côté ; les quotas, les licences et autres autorisations, de l'autre. Que l'ampleur du phénomène de dématérialisation a poussé le droit à une révolution majeure de ses modes de pensée et l'a obligé à s'interroger sur l'adaptabilité de la notion de propriété [45]. L'emprise matérielle, la domination sur la matière étaient historiquement datées et convenaient à la période de la rédaction du code civil puis au XIX[e] siècle où circulaient principalement des biens corporels (ils connaissaient cependant déjà les « propriétés intellectuelles »). Certains auteurs et juges auront pourtant du mal à abandonner cette conception « physique » [46] d'une propriété-matière, craignant la remise en question du caractère « naturel » du droit de propriété : dès lors que celui-ci ne se manifesterait plus par une emprise matérielle et directe sur le *corpus* d'une chose, il deviendrait une « *création* » du droit, dont l'État deviendrait l'ordonnateur [47] ; dont le législateur devrait fixer le moment et le mode de reconnaissance, ainsi que les modalités de sa manifestation ; en somme, une propriété « *décrétée* » et « *politique* », dont le bénéfice dépendrait de l'État et de la consécration qu'il voudrait bien en faire [48]. Et il est vrai que de nombreux régimes spéciaux sont venus déterminer soit le moment et les modalités de la reconnaissance d'un droit de propriété (par exemple par inscription dans un registre, après demande à un organisme public, et vérification que des conditions déterminées sont réunies), soit ses modes d'exercice, soit encore les termes de son extinction. Mais, dans de nombreux cas, l'élaboration d'une propriété spéciale n'a pas été nécessaire et l'on a seulement renvoyé les valeurs dénuées de *corpus* à la propriété classique [49], éventuellement au prix d'une adaptation et d'une compréhension en termes de possibilité de se réserver l'exclusivité sur les utilités d'un bien, d'« *un pouvoir d'interdire exclusif et*

---

44. La remarque ne vaut que si l'on se focalise sur la chose, objet du bien, non sur les droits, les actifs immatériels.

45. P. Catala, « Immatériel et propriété », *APD* 1999. 61 ; D. Gutmann, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens », *APD* 1999, p. 75.

46. A. Rouast, »L'évolution du droit de propriété », *in Travaux de l'Association Capitant*, t. I, Dalloz, 1946, p. 45 et s. ; P. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil. Les biens*, 7[e] éd., Defrénois, 2017, n[o] 207 et s., p. 80 et s.

47. En parallèle, l'idée est très présente dans la construction, aux États-Unis, de la conception de la propriété comme un *Bundle of Rights* (faisceau de droits), telle que théorisée à partir de J. Commons, *The Distribution of Wealth*, Londres, Macmillan and Co., 1893.

48. E. Sabathié, « La chose en droit civil », th. Paris II, 2004, n[o] 293 et s., p. 230 et s. ; M.-A. Frison-Roche, « L'évolution conceptuelle et technique du cadre juridique européen et français relatif à la propriété intellectuelle sur le médicament et le vivant », *in* M. Vivant (dir.), *Propriété intellectuelle et mondialisation*, Dalloz, 2004, p. 290 et s., p. 293.

49. Ou encore une protection indirecte *via* le jeu de la responsabilité civile, par exemple.

absolu » à l'égard des tiers [50]. La Cour de cassation, de son côté, a participé de ce mouvement, et y participe toujours : elle a par exemple admis la « cession » de l'usage d'un nom commercial [51] ou d'une clientèle civile [52] ; sa chambre criminelle, après avoir oscillé relativement à l'électricité ou aux services télévisuels cryptés, a consacré le vol de biens incorporels, supposant en cela qu'un droit de propriété s'y appliquait [53]. On trouvera dans l'Étude de nombreux exemples de cette orientation. Tout juste pourrait-on, en sens inverse, soulever une question, voire émettre une réserve : on peut parfois se demander si toutes les extensions admises s'effectuent de façon totalement légitime ; si tout élément de valeur a vocation à supporter une propriété ; si celle-ci doit bien se couler, toujours, dans le paradigme de l'article 544 et d'un droit exclusif, absolu et perpétuel [54]. Par là, il ne s'agit pas de remettre en question le principe de l'extension de la propriété aux intangibles, mais davantage de poser la question de la juste place d'une sphère d'inappropriable et de libre accès : une information par exemple, qui plus est quand elle émane d'un rapport public (l'information publique étant enchâssée dans un régime spécifique) ne doit-elle pas justifier d'un raisonnement en termes de libre accès, tant ce dernier sous-tend le jeu des choix démocratiques ? D'ailleurs, la Cour de cassation a elle-même remis en question certaines des avancées qu'elle avait effectuées dans cette direction : alors qu'elle avait été loin avec l'admission de la protection de l'image d'un bien contre les captations de tiers, en énonçant que « *le propriétaire a seul le droit d'exploiter son bien, sous quelque forme que ce soit* » [55], elle est revenue sur sa position ; désormais, « [l]*e propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci* » et ne peut se plaindre que du « *trouble anormal* » que lui cause son utilisation par autrui [56].

---

50. Not. F. Zenati, »Pour une rénovation… », art. préc., p. 310 et s. ; F. Zenati et T. Revet, *Les biens*, *op. cit.*, nº 53 et s., p. 99 et s. ; J.-M. Mousseron, J. Raynard et T. Revet, « De la propriété comme modèle », *in Mél. Colomer*, Litec, 1993, nº 14 et s., p. 107 et s. ; « Les nouveaux biens », *in Trav. Ass. Capitant, La propriété*, SLC, 2003, p. 271, spéc. nº 23-24, p. 290. Également pour la possession, *cf.* A. Pelissier, *Possession et meubles incorporels*, préf. M. Cabrillac, Dalloz, 2001, not. nº 5, p. 4 et s. et nº 19, p. 13 ; B. Parance, « La possession des biens incorporels », préf. L. Aynès, *LGDJ-Lextenso*, 2008.

51. Com., 12 mars 1985, *D.* 1985, p. 471, note J. Ghestin, *JCP G* 1985, II, 20400, concl. Montagnier, note G. Bonet.

52. 1re Civ., 7 novembre 2000, pourvoi nº 98-17.731, *Bull.* 2000, I, nº 283, *D.* 2001, chr., p. 2295, Y. Serra, p. 2400, note Y. Auguet, *RTD civ.* 2001, p. 130, obs. J. Mestre et B. Fages, et p. 167, obs. T. Revet, *JCP G* 2001, I, 301, nº 16, obs. J. Rochfeld.

53. En considérant tout d'abord le vol du support matériel : Crim., 8 janvier 1979, pourvoi nº 77-93.038, *Bull. crim.*, nº 013, p. 32, *D.* 1979. IR. 182, obs. G. Roujou de Boubée ; Crim., 3 avril 1995, pourvoi nº 93-81.569 *Bull. crim.*, nº 142, *JCP G* 1995, II, 22 429, note E. Derieux ; 12 juin 2007, *JCP G* 2007, II, 10159, note F. Fourment, C. Michalski et P. Piot ; puis, plus directement, Crim., 4 mars 2008, *Comm. Comm. Électr.* déc. 2008, étude nº 25, J. Huet ; D. Auger, « Droit de propriété et droit pénal », préf. S. Cimamonti, PUAM, 2005.

54. En ce sens, J.-M. Mousseron, J. Raynard et T. Revet, art. préc.

55. 1re Civ., 10 mars 1999, pourvoi nº 96-18.699, *Bull.* 1999, I, nº 87, *D.* 1999, p. 319, concl. J. Sainte-Rose et note E. Agostini, somm., p. 257, obs. S. Durande, et p. 281, obs. O. Tournafond, *JCP G* 1999, II, 10078, note P.-Y. Gautier, *RTD civ.* 1999, p. 859, obs. F. Zenati.

56. Ass. plén., 7 mai 2004, pourvoi nº 02-10.450, *D.* 2004, p. 1459, note C. Atias, p. 1545, note J.-M. Bruguière, p. 1547, note E. Dreyer, et somm., p. 2406, obs. N. Reboul-Maupin, *JCP G* 2004, II, 10085, note C. Caron, *RTD civ.* 2004, p. 528, obs. critiques T. Revet.
Dans le même ordre d'idées, l'auteur d'une œuvre de l'esprit ne peut revendiquer de droit sur les idées.

L'extension du domaine de la propriété se poursuit vers la personne ensuite, brouillant toujours plus leur frontière avec les choses : des éléments liés à la personne se trouvent appropriés ; des choses se teintent de liens à la personne (comme le logement familial, les souvenirs de famille, etc.), liens justifiant des entraves à leur circulation ordinaire. Ce brouillage était déjà impliqué dans la reconnaissance de la propriété sur certains des intangibles évoqués, particulièrement dans les propriétés littéraires et artistiques ou les clientèles. Mais le mélange des genres – de l'être et de l'avoir – se renouvelle, ce dont on aura témoignage dans l'Étude, à nouveau : quant aux éléments de personnalité, la jurisprudence avance chaotiquement loin du chemin de la construction d'un régime uniforme des droits « de la personnalité » et énonce des solutions spécifiques, que ce soit pour le nom, l'image ou les nouvelles venues que sont les données personnelles (celles-ci disposent d'un régime spécial dans le règlement général européen de protection des données personnelles et la loi « Informatique et Libertés »). Le « corps puzzle » [57] et ses potentialités de valorisation demeure hors de la patrimonialité (à des degrés divers et selon les éléments considérés néanmoins) et le corps mort bénéficie d'une protection articulant le souvenir de la personne décédée, la compassion pour les proches en vie et sa dimension collective.

Plus largement, le vivant non humain est en question, dans son rapport à l'appropriation [58]. Les animaux, laissés dans le carcan des meubles corporels quand bien même ont-ils été élevés au rang d'« êtres *doués de sensibilité* » (article 515-14 du code civil), s'empreignent pour certains – ceux domestiqués au moins –, de l'affection que leur porte leur propriétaire et attirent une protection spéciale.

Enfin, il faut mentionner les interrogations relatives à la propriété des droits et les situations de brouillage entre les catégories des droits réels et personnels. L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme n'y est pas pour rien : sur le fondement du premier protocole à la Convention, elle a dessiné un droit au respect de ses biens qui embrasse les bénéfices de droits de créance (prestations sociales, indemnisations, etc.). Dans son sillage, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a par exemple admis que le droit à la « propriété commerciale » avait la qualité de bien au sens de l'article 1er du protocole additionnel à la Convention et devait être protégée à ce titre [59]. Mais le brouillage des genres avait, en matière des « propriétés » commerciales, déjà commencé (on s'interrogera également dans l'Étude sur l'entreprise agricole) : *via* le bail commercial, le preneur bénéfice de l'utilité d'un bien appartenant à autrui, non sur le fondement d'un transfert ou d'un « démembrement » du droit de propriété – d'un droit réel –, mais d'un droit personnel puissant (lui donnant droit à une durée minimale de location ; au renouvellement du bail et à une indemnité d'éviction en cas de refus de renouvellement non justifié par un motif grave et légitime ; de céder son bail avec le fonds sans que le bailleur ne puisse s'y opposer [60] ; à la révision et au plafonnement du loyer…) [61]. S'y joue une

---

57. D. Le Breton, *Anthropologie du corps et modernité*, 5e éd, PUF, « Quadrige », 2008, p. 104.
58. F. Bellivier et C. Noiville, *Contrat et vivant*, *LGDJ*, 2009.
59. 3e Civ., 18 mai 2005, pourvoi no 04-11.349, *Bull.* 2005, III, no 109 ; 3e Civ., 4 février 2009, pourvoi no 08-11.433, *Bull.* 2009, III, no 31 ; 3e Civ., 9 novembre 2011, pourvoi no 10-30.291, *Bull.* 2011, III, no 194.
60. 3e Civ., 11 mai 1982, pourvoi no 81-10.825, *Bull.* 1982, III, no 117 ; même seul, sans clientèle, avec l'accord du bailleur, 3e Civ., 13 octobre 2004, pourvoi no 03-12.035, *Bull.* 2004, III, no 170.

superposition entre le droit de propriété du propriétaire des lieux et cette « propriété commerciale » revenant au preneur [62] (le montage a d'ailleurs été comparé à la dissociation du domaine utile et du domaine éminent sur la terre). Plus avant, la jurisprudence évoque sans ambages la saisie de créances et de contrats en droit pénal ou dans le cadre de voies d'exécution.

En définitive, au fil des extensions de son domaine, quelle est la figure de propriété qui s'impose ? L'emprise matérielle n'est plus la seule assise du droit de propriété, c'est indéniable. Elle donne aujourd'hui davantage accès à la réservation d'une valeur [63], à l'exploitation des utilités d'un bien [64] et se teinte d'une allure plus économique (jusqu'à supporter des fonctions de garanties autonomes comme dans la fiducie-sûreté par exemple) [65].

Reste-t-il, dans ce contexte où la valeur induit l'appropriation, un domaine de l'inappropriable ? On peut en douter tant la propriété a étendu son spectre dans ces nouvelles compréhensions. Pour autant, il faudrait (re)-habituer notre regard à percevoir ce qui reste en dehors : dans une certaine mesure le refus de la patrimonialisation du corps humain, vivant ou mort ; les domaines de préférence pour la propriété publique regardée comme davantage porteuse d'intérêt collectif ; les replis d'extensions passées, telle celle sur l'image des biens, dont le recul pourrait être relevé comme marquant le retour d'un domaine public visuel. Il n'en demeure pas moins que les reconnaissances de cette sphère, fondées sur les qualifications dédiées – *res nullius, communis* ou *delictae* –, restent rares.

B. La nouvelle « socialisation » ?

Mais en parallèle de cette expansion, une nouvelle salve de « socialisation » de l'exercice de la propriété, de nuances à sa puissance, se fait jour : une méthode inédite d'appréciation des limites à son exercice est en passe de s'imposer sous les traits d'un contrôle de proportionnalité ; un nouveau géant d'intérêt général, à savoir la protection de l'environnement, renforce ses exigences ; la personne, plus précisément ses droits fondamentaux et la préservation de sa dignité, élève des barrières au plein exercice de la propriété ou, *a minima*, au jeu de la circulation de ses biens. Enfin, les articulations du propre et du commun, largement conçus comme contradictoires dans le paradigme moderne, se retravaillent.

---

61. *Cf.* J. Derruppé, « L'avenir du fonds de commerce et de la propriété commerciale », *in L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz-PUF-Juris-Classeur, 1999, p. 577 ; T. Revet, « Le code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire », *Dr. & Patr.*, mars 2004, nº 124, p. 20.
62. 3ᵉ Civ., 18 mai 2005, *RTD civ.* 2005, p. 619, obs. T. Revet, *D.* 2005, p. 1477, obs. Y. Rouquet.
63. T. Revet, « Les nouveaux biens », art. préc., p. 271, spéc. nº 23-24, p. 290.
64. Plus exactement, pour la distinction de trois modèles irréductibles de propriété, à savoir la « *maîtrise souveraine* », « *l'appartenance patrimoniale* » et la « *réservation de jouissance* », *cf.* M. Xifaras, *La propriété…, op. cit.*, pp. 194 et s., p. 201 et s., p. 298 et s.
65. G. Blanluet, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français. Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, préf. P. Catala et M. Cozian, LGDJ, 1999 ; C. del Cont, *Propriété économique : dépendance et responsabilité*, préf. F. Collart-Dutilleul et G. J. Martin 1998, L'Harmattan ; P. Crocq, *Propriété et garantie*, préf. M. Gobert, LGDJ, 1995.

Quant à la pénétration du contrôle de proportionnalité comme limite à la puissance de la propriété, en premier lieu, elle se situe à ce fameux point de bascule que l'on évoquait antérieurement : on ne pourra que constater dans l'Étude les hésitations de la Cour de cassation en la matière, moins d'ailleurs en ce qui concerne l'articulation avec l'intérêt général (enjeu que nous retrouverons ultérieurement) que pour celle des revendications entre particuliers. La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) en rejette le jeu à l'égard des sanctions à l'empiétement, dans un attachement fort à la conception absolutiste : « *la défense du droit de propriété contre un empiétement ne saurait dégénérer en abus* » [66] ; « *tout propriétaire est en droit d'obtenir la démolition d'un ouvrage empiétant sur son fonds sans que son action puisse donner lieu* à *faute ou abus* » [67]. Les arrêts se font plus nuancés en matière d'expulsion par exemple [68] ou dans les appréciations portées relativement à l'équilibre institué par la prescription acquisitive. Il faut dire que la CEDH n'hésite pas à contrôler la conventionnalité des règles nationales, dans leur conformité au droit au respect des biens et au regard de leur justification sociale. À l'égard du Royaume-Uni, par exemple, elle a considéré que les règles relatives à l'usucapion relevaient d'une réglementation de l'usage des biens (tombant en conséquence sous l'empire de l'article 1er, alinéa 2, du premier protocole) et que l'extinction du droit de propriété après un délai de prescription de 12 ans avait une « *base raisonnable* », conforme à l'intérêt général [69]. La jurisprudence française suit également ce chemin et le caractère perpétuel s'en nuance d'autant…

Quant à l'articulation de la puissance de la propriété avec l'intérêt général en deuxième lieu, on rappellera que le constat de la première « crise » avait déjà été alimenté par les limites qui y étaient posées sous la montée de considérations plus collectives. À cet égard, il pourrait donc n'y avoir aucune nouveauté. Si ce n'est que s'impose désormais un « nouveau monstre d'intérêt général » [70], cette protection de l'environnement qui invite à des articulations avec l'exercice de la propriété (il s'agit ici de la version objective, mais la même préoccupation peut être saisie dans une version subjective tenant au respect du droit

---

66. 3e Civ., 7 juin 1990, pourvoi no 88-16.277, *Bull.* 1990, III, no 140, *D.* 1991. 308, obs. A. Robert, et 323, obs. J.-L. Aubert ; *RDI* 1991. 303, étude M. Giannotti ; *RTD civ.* 1991. 562, obs. F. Zenati ; 3e Civ., 7 novembre 1990, pourvoi no 88-18.601, *Bull.* III, no 226, *D.* 1991. 308, obs. A. Robert ; *RDI* 1991. 303, étude M. Giannotti ; *RTD civ.* 1991. 562, obs. F. Zenati ; 3e Civ., 30 octobre 2013, pourvoi no 12-22.169, *RTD civ.* 2014. 147, obs. W. Dross.

67. 3e Civ., 21 décembre 2017, pourvoi no 16-25.406, *Bull.* 2017, III, no 144, *JCP G* 2018. 404, p. 686, obs. H. Périnet-Marquet, avec des réactions variées de la doctrine : V. Péruchot-Triboulet, « Pas de contrôle de constitutionnalité ni de proportionnalité de la sanction de l'empiétement », *RLDC* 2017, no 145 ; E. Gavin-Millan-Oosterlynck, « Exclusivité *versus* proportionnalité, à l'épreuve de l'empiétement », *RDI* 2018. 17 ; *contra* N. Reboul-Maupin, « Les empiétements présents et à venir sur le terrain d'autrui : plaidoyer pour plus d'efficacité et d'équité dans la mise en œuvre de la sanction », *LPA* 2017, no 135, p. 12.

68. 3e Civ., 21 décembre 2017, pourvoi no 16-25.469, *Bull.* 2017, III, no 145, rejetant sa mise en balance avec le respect de l'article 8 de la CEDH : « l'occupation sans droit ni titre du bien d'autrui constitue un trouble manifestement illicite ». L'admettant, *cf.* 3e Civ., 22 octobre 2015, pourvoi no 14-11.776, *D.* 2015. 2181, 2016. 1028, chron. A.-L. Méano, et 1279, obs. A. Leborgne, *AJDA* 2016. 132, *RTD civ.* 2016. 449, obs. N. Cayrol ; 17 décembre 2015, no 14-22.095, *D.* 2016. 72, et 1028, chron. A.-L. Méano, *AJDA* 2015. 246, *AJDI* 2016. 667, chron. F. Zitouni, *RDI* 2016. 100, obs. P. Soler-Couteaux, *AJCT* 2016. 283, obs. E. Péchillon, *RTD civ.* 2016. 398, obs. W. Dross, et 449, obs. N. Cayrol.

69. CEDH, 30 août 2007, *Pye LTD c/RU*, *RTD civ.* 2007, p. 727, obs. J.-P. Marguénaud, *JCP G* 2008, I, 110, obs. F. Sudre, et I, 127, obs. H. Périnet-Marquet, *D.* 2008, p. 2468, obs. B. Mallet-Bricoud.

70. J.-P. Marguénaud, note sous CEDH 27 novembre 2007, *D.* 2008, p. 884.

de chacun de vivre dans un environnement sain, consacré à l'article 1er de la Charte constitutionnelle de l'environnement du 1er mars 2005 et dans la jurisprudence de la CEDH) : « *des impératifs* économiques ,*et même certains droits fondamentaux, comme le droit de propriété, ne devraient pas se voir accorder la primauté face* à *des considérations relatives* à *la protection de l'environnement* » affirmait en 2007 la CEDH [71]. On trouve quelques témoignages de cette articulation dans l'Étude, par exemple avec une décision du 15 mars 2018 où la troisième chambre civile a pu minimiser le poids d'une servitude conventionnelle d'accès devant un classement en zone boisée protégée [72]. On ne rencontrera, en revanche, aucune illustration du retournement de la logique de socialisation et du passage de la contrainte au volontaire : alors que la participation à la protection des milieux peut ne plus être subie par le propriétaire, celui-ci pouvant désormais décider volontairement de devenir un « *gardien de la nature* » [73] et mettre sa propriété – son propre – en partie au service d'une fonction écologique – du commun –, ces manifestations ne se sont pas encore fait une place dans les débats judiciaires devant la Cour. Mais il est vrai que la grande nouveauté tenant au pouvoir de constituer une « *obligation réelle environnementale* » – en concluant « *un contrat avec une collectivité publique, un établissement public ou une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement en vue de faire naître* à *leur charge, ainsi qu'à la charge des propriétaires ultérieurs du bien, les obligations réelles que bon leur semble, dès lors que de telles obligations ont pour finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques* » [74] – date de la loi du 8 août 2016 et est, partant, très récente.

En troisième lieu, les besoins des personnes, que ce soit le respect de leurs droits fondamentaux ou la préservation d'un « patrimoine de dignité » à leur côté, teintent grandement l'exercice de la propriété : ils viennent notamment réduire l'un de ses versants, la libre disposition de ses biens, et inscrire un domaine d'insaisissabilité comme le garant d'un « reste à vivre » et à habiter.

Enfin, les articulations du propre et du commun se réinterprètent. Elles sont relues au sein des propriétés dites collectives (« plurales » pour certains) que le code civil avait laissé perdurer face à la propriété privée exclusive, comme l'indivision ou la mitoyenneté, mais également dans celles apparues plus tard, à l'instar de la copropriété. Plus largement, on peut trouver dans la jurisprudence de la Cour de cassation la considération de l'intérêt

---

71. CEDH, 27 novembre 2007, *Hamer c. Belgique,* nº 21861/03 ; *D.* 2008, p. 884, note J.-P. Marguénaud, et pan., p. 2469, obs. N. Reboul-Maupin, *RLDC* juin 2008, nº 56, obs. B. Parance ; CEDH, 8 juillet 2008, *Turgut et autres c. Turquie,* requêtes, nº 1411/03, *JCP G* 2009, I, 104, nº 19, obs. F. Sudre.

72. 3e Civ., 15 mars 2018, *D.* 2018, p. 616, sur laquelle N. Reboul et B. Grimonprez, *D.* 2016, p. 2074.

73. J. de Malafosse, « La propriété gardienne de la nature », *in Étude J. Flour,* Defrénois, 1979, p. 335.

74. Art. L. 132-3, c. envir. (c'est bien le code de l'environnement et non le code civil qui réceptionne cette « création », dans une tentative de laisser intacte la propriété « idéale » du second). Il existait déjà, et existe toujours, des voies contractuelles : bail avec des personnes aptes à endosser des obligations environnementales ; acceptation d'obligations s'insérant dans les objectifs d'une zone Natura 2000 de politique de préservation des habitats naturels ; introduction de « clauses environnementales » dans un bail rural, *cf.* M. Hautereau-Boutonnet, « Quelles valeurs pour la biodiversité ? Des valeurs d'usage et d'échange revisitées », *in* M. Hauterau-Boutonnet et E. Truilhé-Marengo (dir.), *Quelle (s) valeur (s) pour la biodiversité ?,* Mare et Martin, 2017, p. 196 et s.

de communautés informelles à l'usage et/ou à la préservation des biens appropriés, que ces communautés soient semi-ouvertes – celles de voisins, d'usagers de cours d'eau ou de chemins d'exploitation ou encore d'habitants de communes –, ou ouvertes, à l'image du « public ». Parallèlement, la Cour de cassation a admis des formes inédites de partage des utilités des biens quand elle a ouvert à la reconnaissance, depuis 2012, de droits réels de jouissance spéciale, *sui generis* et autonomes, différant des démembrements nommés [75].

3. L'AVENIR : UN CHANGEMENT DE MODELE ?

Mais que ne trouvera-t-on pas dans l'Étude [76] ? On y guettera en vain les mutations à l'œuvre ou augurées qui n'ont pas (encore ?) pleinement pénétré la jurisprudence de la Cour de cassation ou dont le poids ne se fait pas encore complètement sentir. D'un côté, la montée en puissance plus prononcée d'intérêts communs, s'exprimant au sein même de la propriété pour en nuancer encore davantage l'exclusivisme et l'absolutisme et imposer aux propriétaires la préservation de la nature (A) ; d'un autre, la concurrence de modèles d'accès aux utilités des biens ne prenant pas les atours de l'appropriation mais de voies parallèles propulsant bien davantage au premier plan l'usage (B). Si l'on prétendait à l'exhaustivité, il faudrait également faire état de la montée de modes de preuve numérique de la propriété, par utilisation de blockchains par exemple, réseaux distribués et (dits) sécurisés qui remettront peut-être en question la place des notaires et de certains registres ou consolideront l'établissement des créations ou de l'antériorité en matière de propriétés intellectuelles. Il faudrait aussi se préparer à l'apparition de nouveaux « biens », possiblement autonomes – véhicules, robots et autres algorithmes de décisions –, qui impliqueront de revoir l'articulation de la personnalité ou de la propriété. Mais, pour s'en tenir aux premières évolutions évoquées, elles suffisent à certains pour diagnostiquer aujourd'hui de façon plus ou moins radicale une « crise » de la propriété, de « l'idéologie propriétaire » [77], sa « mort » ou son « extinction » [78]. Pour cassantes que ces affirmations puissent paraître, voire critiques et orientées politiquement comme ne visant qu'à remettre en question cette institution centrale de nos sociétés, elles n'en posent pas moins la question du maintien de la propriété privée comme paradigme central du mode de jouissance des utilités que présente une ressource.

---

75. On utilisera le terme de « démembrement » par facilité, bien qu'il soit critiqué depuis Vareilles-Sommière, art. préc., n° 82 et s.

76. Hormis ce qui a été volontairement laissé de côté, *cf.* l'introduction *supra*.

77. F. Zenati-Castaing, « Le crépuscule de la propriété moderne. Essai de synthèse des modèles propriétaires », *in Les modèles propriétaires*, *LGDJ-PU* Poitiers, 2012, p. 225-238 ; J.-P. Chazal, « La propriété : dogme ou instrument politique ? », *RTD civ*. 2014. 763.

78. Entre autres références, P. Dardot et Ch. Laval, *Commun. La révolution du XXIe siècle*, Paris, Éditions La Découverte, 2014 ; B. Coriat (dir.), *Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, LLQL, 2015.

A. Le poids de la responsabilité

À cet égard, commençons par la perte de notre « Nature ». Sa protection apparaît, nous l'avons évoqué, au titre d'un intérêt général de plus en plus prégnant (ou du respect du droit subjectif à un environnement sain). Elle ne compose pas (encore ?), néanmoins, une arête centrale des raisonnements relatifs à la propriété. Or, lorsque celle-ci s'appose sur des « ressources » naturelles ou qu'une propriété entre en concurrence avec la préservation de ces dernières (destruction d'arbres impliquée par l'empiétement, d'espèces animales, etc.), on peut gager qu'elle sera de plus en plus au cœur des articulations. Il faut dire que les formidables capacités de destruction que concentrent aujourd'hui les sociétés modernes, du fait d'une consommation démultipliée (en minerais ou énergies fossiles par exemple), de gaspillages inconsidérés (celui de l'eau notamment), de pollutions diverses (entraînant la disparition de la biodiversité, la dégradation du système climatique ou de la couche d'ozone), plus largement le choc de la raréfaction du vivant et de la remise en question de nos possibilités de vie sur Terre, ont initié un mouvement de reconnaissance de « ressources destinées » [79]. Celui-ci s'est élevé à partir des années 1960-1970 dans la sphère internationale et a induit que ces impératifs s'expriment tout d'abord sous le couvert de la souveraineté des États et à leur charge, parfois *via* la proclamation de « patrimoines » ou de « préoccupations de l'humanité » (pour le système climatique ou la biodiversité par exemple). On en appelait à une coopération internationale. Dans le même ordre d'idées, quand ces impératifs se sont diffusés en droits européen et interne, ils ont été traduits dans des politiques publiques et des règlements de police administrative (aménagement du territoire *via* des plans locaux d'urbanisme fixant la destination et l'affectation des immeubles ; limitations au droit des agriculteurs de diviser ou de lotir leur terrain et/ou soumission à autorisation préalable ; plafond légal de densité limitant le droit de construire dans l'espace ; imposition de servitudes, etc.) [80]. Il a donc « suffi » jusqu'alors à la Cour de cassation d'appliquer les différents régimes spéciaux mis en place quand elle a eu à en connaître. De fait, on ne pollue plus aujourd'hui impunément un terrain, fût-il une propriété privée (responsabilité des exploitants et installations classées) ; on n'exploite pas irrationnellement sa forêt (dès 1985, l'article 1er de la loi du 4 décembre relative à la gestion, la valorisation et la protection de la forêt enjoignait au propriétaire d'exercer « *sur ses bois et forêts tous les droits résultant de la propriété dans les limites spécifiées par le présent code et par la loi, afin de contribuer, par une gestion durable,* à *l'équilibre biologique et* à *la satisfaction des besoins en bois et autres produits forestiers* ») ; on n'utilise pas l'eau présente sur sa terre sans penser aux services qu'elle peut rendre en amont (nous en trouvons des exemples d'application dans l'Étude).

Mais une reformulation générale, une réinterprétation plus profonde du propre et du commun, n'a pas encore eu lieu sous ce poids. On n'a pas constaté, dans moult décisions, une réduction des pouvoirs individuels sur ces ressources, voire la sortie de certaines

---

79. Dans un sens différent, R. Boffa, *La destination de la chose,* préf. M.-L. Mathieu-Izorche, Defrénois, t. 32, 2008.
80. *Cf.* la loi nº 67-1253 du 30 décembre 1967 d'orientation foncière.

d'entre elles de la sphère de l'appropriation [81]. C'est pourtant ce qu'aurait pu impliquer leur préservation. Dans des dimensions variables, cette finalité devrait s'articuler ou transcender celles, individuelles, que le propriétaire peut avoir (sur « ses » « ressources » naturelles ou face à des ressources naturelles). Le constat participe d'ailleurs des appels renouvelés aux « communs », à la protection des choses communes, des biens communs, des patrimoines communs, plus largement à la considération d'intérêts communs dans l'exercice de la propriété [82], quand il ne pousse pas à redessiner et ériger des mécanismes de protection efficace d'une sphère d'inappropriable (air, système climatique, biodiversité) face à leur « *tragédie des communs* » [83] qui touche certains éléments : on plaide aujourd'hui pour la reconnaissance des abus de jouissance de choses communes [84] ; l'accroissement des mécanismes de réappropriation de biens négatifs comme les émissions polluantes ou les déchets, etc. [85]. De façon générale, c'est d'un retour de la solidarité dans les biens dont il est question, solidarité contrainte face à la destruction irréversible du vivant et à la nécessité d'affronter ensemble ce futur en une même « *communauté du risque* » prophétisée par Ulrich Beck dans les années 1980 [86]. Nous n'y sommes pas complètement impréparés puisque la direction nous est déjà familière pour toute une sphère de biens, culturels notamment [87], à l'égard desquels on identifie sans mal des destinations communes et dont l'exercice de la propriété est d'ores et déjà marquée de la considération de cette dernière. L'exercice du droit de propriété sur un monument historique, par exemple, se trouve limité depuis 1887 et 1913 par la considération d'impératifs de conservation au bénéfice des générations présentes et futures, du « public », et s'inscrit

---

81. G. J. Martin, « Propriété privée et droit de l'environnement », *Année de l'env.*, PUF, 1981, t. 1, p. 261 ; M. Rémond-Gouilloud, *Du droit de détruire. Essai sur le droit de l'environnement*, PUF, 1989 ; Y. Jegouzo, « Propriété et environnement », *Defrénois*, 1994, art. 35764, p. 447 ; F. Collart-Dutilleul et R. Romi (dir.), *Propriété et protection de l'environnement,* Rapport remis au ministre de l'environnement, La Documentation française, 1995 ; M. Falque et M. Massenet (dir.), *Droits de propriété et environnement,* Dalloz, 1997 ; F.-G. Trébulle, « La propriété à l'épreuve du patrimoine commun : le renouveau du domaine universel », *in Mélanges P. Malinvaud,* LexisNexis-Litec, 2007, p. 619.

82. B. Parance et J. de Saint-Victor, *Repenser les biens communs*, Éditions du CNRS, 2014 ; M.-A. Chardeaux, *Les choses communes,* préf. G. Loiseau, *LGDJ,* 2006 ; J. Rochfeld, « Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux "communs" ? », *in «* Penser autrement la propriété », *Revue internationale de droit économique,* 2014/3, pp. 351-369 ; M. Cornu, F. Orsi et J. Rochfeld, *Dictionnaire des biens communs, op. cit.*

83. G. Hardin, "The Tragedy of the Commons", *Science*, 1968, vol. 162, p. 1243 et s.

84. L'idée était en filigrane pour les choses communes chez C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français,* tome II, 4e éd., Paris, Cosse, Marchal et Cie, 1869, § 168. Plus récent, M.-A. Chardeaux, *op. cit.*, nos 340 et 397 ; A. Sériaux, « Article 714 », *JurisClasseur,* LexisNexis, 2011, no 8 ; M.-P. Camproux Duffrène, « La protection de la biodiversité *via* le statut de *res communis* », *RLDC* 2009/1, 56 (3282) ; J. Rochfeld, Vo Chose commune, *in Dictionnaire des biens communs, op. cit.*

85. W. Dross, « De la revendication à la réattribution : la propriété peut-elle sauver le climat ? », *D.* 2017, p. 2553.

86. U. Beck, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, trad. L. Bernardi, Paris, Flammarion, 2004 (texte original de 1986), spéc. p. 56 et s.

87. M. Cornu, *Le droit culturel des biens : l'intérêt culturel juridiquement protégé,* Bruylant, 1996, 621 p.

déjà dans cette articulation inter-générationnelle. Saleilles identifiait d'ailleurs là autant de propriétés spéciales finalisées ne répondant plus au régime général de la propriété [88].

Ce type de figures est cependant très dérangeant. D'une part parce qu'il résonne avec un « *statut des choses* », un « *réicentrisme* » juridique [89], qui a fait partie de notre passé juridique et que la « modernité » a laissé derrière elle : elle a dépassé l'idée, forgée à partir du XIIe siècle en droit médiéval, d'une destination des biens conçue comme « naturelle » ; de biens saisis comme « naturellement » destinés, porteurs d'une destination inscrite en eux et faisant limite au « *pouvoir des hommes* ». « *Statut des choses* » et pouvoirs des hommes allaient d'ailleurs s'intégrer aux « *structures profondes du droit occidental* » [90], le statut l'emportant sur les pouvoirs humains au sein d'une société alors dominée par les pratiques de l'Église, où nombre de choses revêtaient une affectation au sacré [91]. Le système de droit puisait alors directement à l'analyse de l'utilité des choses, et non à la « *volonté individuelle* » du propriétaire. Ce fut, inversement, le travail de la « modernité » d'effacer les spécificités des choses, liant leur indifférenciation à l'essor du capitalisme, à leur réduction à un unique statut de marchandises indistinctes, et valorisant la liberté individuelle [92]. Le droit jouera ce jeu, recouvrant « *le monde bariolé des choses d'un uniforme capuchon gris, la notion de bien, cette abstraction* », comme le synthétisait joliment le Doyen Carbonnier [93]. D'autre part, la figure est également dérangeante car elle remet en question celle de la propriété-maîtrise, d'un propriétaire pouvant se vanter de dominer la nature et ses éléments, les choses « naturelles », au même titre que les choses « artificielles » qu'il produisait ; partant, notre représentation cartésienne d'une « nature » passive et se soumettant à cette emprise totale. Or, celle-ci n'est plus passive… [94]

Il faudra donc à l'avenir guetter les manifestations d'une diffusion plus générale de la protection des milieux dans les décisions de la Cour de cassation. L'aboutissement pourrait en être ce que certains appellent aujourd'hui de leur vœux, à savoir l'inscription d'une

---

88. R. Saleilles, « La législation italienne relative à la conservation des monuments et objets d'art. Étude de droit comparé », *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur,* 1896, p. 1 ; égal. S. Pugliatti, « La proprietà e le proprietà (con riguardo alla proprietà terriera) », *in La proprietà nel nuovo diritto*, Giuffrè, Milano 1954.

89. P. Grossi, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milan, Giuffrè, 1992. V. égal. la synthèse de J. de Saint-Victor, V° Communaux, *in* M. Cornu, F. Orsi et J. Rochfeld (dir.), *op. cit.*, pour qui « *le "réicentrisme" fut la réponse la plus évidente à un* […] *défi de préservation* » des communautés, en instituant des solidarités entre riches et pauvres, notamment par l'affectation de la terre.

90. É. Conte, « Affectation, gestion, propriété : la construction des choses en droit médiéval », *in* P. Napoli (dir.), *Aux origines des cultures juridiques européennes. Yan Thomas, entre droit et sciences sociales*, Rome, École française de Rome, 2013, p. 73-87, p. 83-84.

91. C'est d'ailleurs cette affectation qui a ouvert la voie aux droits réels aussi bien qu'aux fictions permettant d'instituer des personnes morales, c'est-à-dire des patrimoines et des prérogatives indépendants de leurs titulaires, v. É. Conte, art. préc.

92. K. Polanyi, *La grande transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps*, trad. M. Angeno et C. Malamoud, préface L. Dumont, Paris, Gallimard, 1983.

93. J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens*, PUF, « Quadrige », 2004, p. 1592. Pour cette transformation appliquée à la terre spécifiquement, *cf.* A. Zabalza, *La terre et le droit. Du droit civil à la philosophie du droit*, Bière, 2007, retraçant comment, sur le fondement des articles 518 (« *les fonds de terre et les bâtiments sont immeubles par nature* ») et 544, la terre devient un fonds manifestant une étendue physique puis disparaît dans la valeur économique des immeubles, en tant que bien abstrait.

94. B. Latour, *Face à Gaïa. Huit conférences sur le nouveau régime climatique,* Paris, La Découverte, 2015.

« *fonction écologique de la propriété* » [95], quand d'autres tel Frédéric Zenati-Castaing, critique efficacement la « *fissuration de la propriété par l'introduction de la responsabilité* » [96], d'une propriété sommée de « *devenir responsable* » et de « *s'assigner* [ce] *but* » de préservation (ou d'une propriété amputée d'un domaine universel dédié à tous) [97]. Le propos a d'ailleurs déjà pu prendre corps dans l'Union européenne, par exemple quand le Tribunal de l'Union a énoncé, dans une décision du 2 mars 2010 (*Arcelor SA c/Parlement et Conseil*, à propos de la mise en place du marché des quotas de gaz à effet de serre), que « *si le droit de propriété et le libre exercice d'une activité économique font partie des principes généraux du droit communautaire, ces principes n'apparaissent pas pour autant comme des prérogatives absolues, mais doivent être pris en considération par rapport* à *leur fonction dans la société* ».

B. Le modèle de l'accès

Par ailleurs, de nouveaux schémas d'accès aux utilités de biens se sont installés et concurrencent plus ou moins fortement la propriété [98]. « *Posséder, c'est dépassé* » scande ainsi, de façon radicale, un slogan présent sur internet [99]. L'« économie du partage » et des fonctionnalités fait son chemin, soutenue par les possibilités de communication universelle en temps réel ouvertes par le numérique [100]. Témoignent concrètement de ces évolutions les changements intervenus dans nombre de pays développés. Des modalités d'accès à l'usage de biens, pour une durée déterminée, s'y sont effectivement multipliées : on s'est habitués, au moins dans les grandes agglomérations, aux voitures et vélos à usage successif ; à la mise à disposition temporaire de logements ou de biens de tous ordres ; à accéder, temporairement toujours, à des flux de contenus numériques. Par le biais de ces nouvelles pratiques, les utilisateurs ne deviennent pas propriétaires, mais utilisent des biens appartenant à autrui pour un besoin ponctuel ou temporaire, en en recherchant principalement l'usage, la « fonctionnalité » ; les propriétaires admettent volontairement, quant à eux, que des tiers se ménagent l'usage de leurs biens, que ce soit contre rémunération ou non, bien au-delà des domaines traditionnels (du bail ou du prêt notamment) [101]. La tendance se développe pour des raisons économiques, écologiques (éviter la sur-consommation de biens en utilisant davantage ceux qui existent), ou encore sur le fondement de valeurs sociales promouvant la recherche non plus de la propriété mais de

---

95. B. Grimonprez, « La fonction environnementale de la propriété », *RTD civ.* 2015, p. 539 ; (dir.), *Le droit des biens au service de la transition écologique*, Dalloz, 2018. Déjà, J. de Malafosse, « La propriété gardienne de la nature », *in Études J. Flour*, Defrénois, 1979, p. 335.
96. F. Zenati-Castaing, « Le crépuscule de la propriété moderne. Essai de synthèse des modèles propriétaires », art. préc.
97. F.-G. Trébulle, « La propriété à l'épreuve du patrimoine commun : le renouveau du domaine universel », art. préc.
98. A. Quarta, *Non-proprietà. Teoria e prassi dell'accesso ai beni*, ESI, Naples, 2016.
99. Fédération Internet Nouvelle génération (FING) : http://fing.org/ ? Posseder-c-est-depasse.
100. R. Botsman & R. Rogers, "What's Mine Is Yours : The Rise of Collaborative Consumption", Harper Business, 2010 ; L. Gansky, "The Mesh : Why the Future of Business Is Sharing", Portfolio, 2010 ; P. Terrasse, avec Ph. Barbezieux et C. Herody, « Rapport au Premier ministre sur l'économie collaborative », février 2016.
101. J. Rifkin, *La nouvelle société du coût marginal zéro. L'internet des objets, l'émergence des communaux collaboratifs et l'éclipse du capitalisme*, LLL, 2014, p. 337 et s.

cette fonction des biens [102]. La figure fait alors rupture avec celle du paradigme d'une jouissance exclusive des utilités de ses biens : du côté du propriétaire, elle s'accompagne d'une perte, volontaire et temporaire, du pouvoir sur ses biens ; du côté des utilisateurs, elle implique des accès aux utilités des biens d'autrui, temporaires et conditionnés. Parfois, les velléités d'accès se font plus agressives et moins consensuelles : les contenus et œuvres numériques supportent, pour beaucoup, des propriétés intellectuelles de plus en plus valorisées, dans le même temps où ils sont davantage soumis à la pression de revendications d'accès et d'usages, notamment de particuliers « amateurs » désireux de participer à la création et, plus largement, de développer des nouveaux contenus [103]. On voit alors resurgir des discussions proches de celles ayant présidé à l'équilibre initial de ces propriétés : doivent-elles également servir les intérêts de la communauté dans son ensemble et dans quelle mesure [104] ? Doit-on redéfinir le « *contrat social* » institué entre l'auteur (ou l'inventeur) et le public [105] ? D'où, également, le retour de la considération du « public » ou des « usagers » en tant que communauté d'usage et la question d'une possibilité, voire d'une réalité, de ses droits ou prérogatives.

L'évolution, sous des atours quelque peu différents, avait été annoncée. Jeremy Rifkin par exemple, sur les traces assez visionnaires de Crawford Macpherson (celui-ci développait ses thèses dans les années 1970) [106], avait auguré (en même temps que prescrit) de remplacer le modèle de la propriété privée par une « *logique de l'accès* » qui en composerait le substitut « *post-moderne* » : les individus préféreraient désormais louer des services, même sur un long terme, que d'être propriétaires de biens matériels et immatériels, dont l'entretien constitue une charge ; la propriété conçue comme un droit d'exclure autrui ne serait plus adaptée à un monde interconnecté et interdépendant où les aspirations dominantes tiendraient davantage en l'accès et en l'inclusion et non en l'isolement et en l'exclusivité. Dans cet univers, la finalité la plus importante du droit de propriété ne serait plus, comme elle le fut dans la pensée du XVIIIe siècle, de soutenir l'autonomie des personnes mais deviendrait celle de l'instauration d'un « *droit individuel de ne pas* être *exclu de l'usage ou de la jouissance des ressources productives accumulées par toute la so-*

---

102. PIPAME (Pôle interministériel de prospective et d'anticipation des mutations économique), « Enjeux et perspectives de la consommation collaborative », juillet 2015, selon lequel 83 % des Français déclaraient en 2013 que « *l'important, c'est de pouvoir utiliser un produit plutôt que de le posséder* ».

103. V. la figure du « *prosumer* » ou « prossomateur », contributeur actif qui efface la frontière entre producteur et consommateur, *cf.* A. Toffler, « The Third Wave », William Morrow, 1980 ; OCDE, « Internet participatif : contenu créé par l'utilisateur », 28 juin 2007, DSTI/ICCP/IE (2006) 7/final, spéc. pp. 8 et s. ; Commission européenne, Livre vert : « Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance », COM (2008) 466 final, § 3.4 ; Y. Chevrefils-Desbiolles, « L'amateur dans le domaine des arts plastiques. Nouvelles pratiques à l'heure du web 2.0 », Rapport au ministre de la culture, mars 2012 ; CSPLA, par V.-L. Benabou et F. Langrognet, Rapport sur les œuvres transformatives, 2014, spéc. p. 3-5 et p. 7 et s.

104. L. Pfister, « Histoire du droit d'auteur », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, fascicule 1110, 2010, n° 50 et s., retraçant les querelles des XVIe et XVIIIe siècles et l'opposition d'une « *propriété privée* » ou d'un « *contrat social* » et n° 87 et s., décrivant le retour moderne de la discussion, selon une tension de la « *propriété numérique* » et du « *contrat social* » ; S. Carre, « L'intérêt du public en droit d'auteur », th. Montpellier I, dir. M. Vivant, 2004, spéc. n°s 27 et s.

105. L. Pfister, « Histoire du droit d'auteur », art. préc.

106. C. B. Macpherson, *Democratic Theory : Essays in Retrieval*, Clarendon, Oxford, 1973, not. p. 125 et s. ; également *La théorie politique de l'individualisme possessif*, trad. M. Fuchs, Gallimard.

ciété » [107]. La signification de la liberté serait à repenser et, avec elle et au vu de leurs liens anciens (évoqués précédemment), celle de la propriété.

Dans ce débat, la Cour de cassation a ouvert une brèche en admettant des droits réels innomés de jouissance spéciale, dessinant une propriété moins exclusive [108] et permettant des divisions inédites des utilités, distinctes des démembrements classiques [109]. Les propositions de réforme du droit des biens poussent aussi en ce sens : elles promeuvent un usufruit temporaire et non plus viager, en le concevant comme relevant d'une utilité commune ou d'un intérêt économique commun (le projet prévoit que l'obligation d'entretien deviendrait commune en ce qui concerne la contribution à la dette, afin que le propriétaire ne se désintéresse plus du bien et fasse des investissements) [110] ; elles proposent aussi un « *droit de jouissance spéciale* » d'une durée maximale de 30 ans, destiné à « *diversifier les utilités d'un bien au profit de différents bénéficiaires* » [111].

Au travers de ces phénomènes, ce sont donc des formes mineures de « propriété » qui se développent [112], bien loin du paradigme initial de la toute-puissance et de l'exclusivité : diminuées, elles font une place à des accès temporaires aux utilités, plus fréquents et diversifiés ; affectées à une finalité (de sûreté ou de gestion dans la fiducie par exemple), elles se trouvent délimitées dans les pouvoirs octroyés [113]. Ces évolutions en modèlent plus largement le régime, au sens où ce dernier doit articuler différents usages du bien entre divers titulaires (la « propriété » fiduciaire en composerait déjà un exemple, le « propriétaire » fiduciaire étant tenu, pour certains auteurs, d'obligations personnelles articulées autour de l'obligation générale de « *réaliser l'objet de la fiducie* » avec diligence et loyauté [114]). Et à nouveau, ce « retour » n'est pas anodin historiquement, même si le parallèle est trompeur et pourrait en réalité ancrer les analyses dans des références historiques biaisées. Il ne peut pourtant manquer d'évoquer les propriétés « simultanées » ou « divisées » de l'ancien droit, « *constellation de prérogatives et de droits divers que chaque membre d'une même communauté pouvait exercer en raison d'une fonction particulière, sans nuire, tout au moins en théorie, aux prérogatives des autres membres* », « *réseau de droits variés gravitant autour de la chose et dépendant de son utilité* économique ,à *l'inverse du paradigme propriétaire moderne, consacrant le Sujet comme acteur principal de l'ordre juridique privé* » [115]. De renvoyer, aussi, aux tensions de la propriété

---

107. J. Rifkin, *L'âge de l'accès. La nouvelle culture du capitalisme*, trad. M. Saint-Upéry, La Découverte, 2000, spéc. p. 304 et s. (ou *The Age of Access*, Penguin Books, 2000).
108. 3e Civ., 23 mai 2012, pourvoi no 11-13.202, *Bull.* 2012, III, no 84 ; 3e Civ., 31 octobre 2012, pourvoi no 11-16.304, *Bull.* 2012, III, no 159, *D.* 2013, p. 53, note L. d'Avout et B. Mallet-Bricout, *JCP G* 2012, II, 1400, note F.-X. Testu, *RTD civ.* 2013, p. 141, obs. W. Dross, *RDC* 2013, p. 584, obs. critiques R. Libchaber.
109. Par ex. R. Libchaber, obs. préc. sous 3e Civ., 31 octobre 2012.
110. H. Périnet-Marquet (dir.), *Propositions…, op. cit.* ; J.-L. Bergel, « Faire de l'usufruit un outil de gestion », *Dr. & Patr.*, déc. 2008, p. 10.
111. J.-L. Bergel, *ibid.*
112. Ou d'autres figures qu'une propriété si on la considère trop attaquée dans sa « susbstance ».
113. S. Ravenne, « Contribution à l'étude de la structure du droit de propriété », th. Paris-Dauphine, dir. J.-P. Gastaud, 2007, p. 397 et s.
114 . S. Ravenne, *Ibid.* ; L. Kaczmareck, « Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération », *D.* 2009, p. 1845, qui propose même l'idée de « *tuteur* » des biens ; R. Libchaber, art. préc., no 24-27, qui préfère celle de mandataire du bénéficiaire.
115. J. de Saint-Victor, Vo Communaux, art. préc., prévenant de tout idéalisme à l'égard de cette figure, ancrée dans des communautés de subsistance.

et de l'usage (pour peu que l'accès se rabatte seulement sur ce dernier), aux forts ressorts historiques et politiques, selon que l'on pense l'usage en articulation avec la propriété ou comme sa « *notion-limite pour contrecarrer la volonté de posséder et de disposer du monde* », ou encore qu'on le postule « *comme un* élément *séparé de la propriété* » [116] venant imposer au propriétaire les besoins d'autrui (ainsi qu'il a pu être pensé par les franciscains du XIIIe siècle) [117].

116. P. Napoli, V° Usage, *in Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.*
117. *Ibid.*, précisant qu'il était alors reconnu comme la « *possibilité d'employer une chose et d'en récolter les fruits dans la mesure exclusivement nécessaire aux besoins du titulaire et de sa famille* ».

TITRE 1. LE DOMAINE DE LA PROPRIÉTÉ

Le domaine de la propriété n'a cessé de croître : vers les intangibles (chapitre 1er), le vivant (chapitre 2), les droits (chapitre 3). Cette évolution traduit pleinement l'emprise de la propriété comme paradigme de la relation des personnes aux choses, emprise telle que l'on peut se demander s'il demeure un domaine pour l'inappropriable (chapitre 4). Il demeure néanmoins des questions relativement à certains éléments de valeur, à l'instar de l'information ou de composantes de la personnalité. Les difficultés viennent notamment du fait que la frontière des personnes et des choses se brouille : par exemple, des éléments traditionnellement attachés à la personne sont réifiés (image, données personnelles) ; l'animal, dont le statut est resté celui d'un meuble corporel, n'en est pas moins reconnu comme « être *vivant doué de sensibilité* ». Ce titre réunit en conséquence les dernières évolutions de la jurisprudence de la Cour de cassation traitant de la reconnaissance d'une appropriation.

Chapitre 1er. L'appropriation des intangibles

Les biens du monde physique supportent une appropriation qui se manifeste de façon assez « naturelle » : sauf limites posées à l'appropriation (choses communes et, dans une moindre mesure, hors commerce), les personnes saisissent concrètement les choses corporelles, leur corpus, et les placent sous leur emprise matérielle. L'appropriation des intangibles requiert à l'inverse que le droit définisse comment et par quelles manifestations celle-ci va s'exprimer. Les diverses propriétés intellectuelles se fondent sur ce type de reconnaissances spéciales. Mais, en l'absence de régime général des biens incorporels et lorsque le droit n'a organisé ni mode de reconnaissance des valeurs en tant que bien (procédure particulière, d'enregistrement ou d'inscription sur des registres prévus à cet effet, spéciaux ou non), ni mode d'attribution, de transmission ou d'extinction [118], il est revenu à la jurisprudence, et particulièrement à la Cour de cassation, de trancher la question de la légitimité de ces « nouvelles » propriétés et de poser les formes de leur reconnaissance, de circulation et d'extinction. Elle l'a fait par exemple pour les clientèles civiles [119], sans s'arrêter à l'absence de corpus et à l'idée récurrente que cette reconnaissance ne pourrait être qu'expresse par le législateur.

Dans ce contexte néanmoins, l'information a toujours soulevé une difficulté particulière de qualification. Sa reconnaissance en tant que bien – son caractère appropriable – a

---

118. Plaidant pour une construction plus homogène et des lignes directrices, R. Libchaber, « La recodification… », art. préc., no 23, p. 325-326 ; T. Revet, « Le code civil et le régime des biens », art. préc., spéc., p. 28 ; J.-B. Seube, « Le droit des biens hors le code civil », *LPA* 15 juin 2005, no 118, p. 4.

119. *Cf.* 1re Civ., 7 novembre 2000, pourvoi no 98-17731 préc.

pu être soutenue, au regard de l'utilité et de la valeur qu'elle représente [120] (il existe des marchés de l'information, que ce soit de l'information de presse, des informations intimes sur des personnalités connues ou sur les habitudes de consommation des consommateurs ; certaines informations non divulguées des entreprises sont des actifs cruciaux [121]). Inversement, la considération du fait que l'information ne constituerait qu'une communication sur le monde existant et non une création (sauf investissements particuliers à l'origine de son émergence, mais c'est alors ce procédé d'exploitation de l'information et l'investissement qu'il représente qui est protégé), partant qu'elle ne serait donc pas originale d'une part, et des nécessités de sa libre circulation comme condition fondamentale des libertés d'information et d'expression ainsi que d'égalité et de démocratie, d'autre part, a poussé certains à plaider dans l'autre sens [122]. Cette seconde direction semble néanmoins s'amenuiser et on lira dans l'Étude des témoignages de la poursuite de la poussée de la reconnaissance de la propriété de l'information (section 1).

La tension est moins aiguë en matière de reconnaissance des « biens d'activité », à savoir de ceux « procédant du travail de l'homme » [123]. Une importante étape avait été franchie, il faut y revenir, avec la reconnaissance de modes de « cessions » des clientèles civiles. Mais, plus avant, l'importance de valoriser et de pérenniser les produits de l'activité humaine professionnelle diffuse au-delà de la propriété : des caractères de l'appropriation viennent teinter les contrats qui soutiennent une exploitation, soit des droits personnels, au moins quand celle-ci repose sur un bail commercial – l'on parle même ici de « propriétés commerciales » – ; cela est moins vrai à l'égard de l'activité agricole (section 2).

Section 1. La poussée de l'appropriation de l'information

La propriété de l'information s'est fait une place en matière pénale, la chambre criminelle de la Cour de cassation n'hésitant plus à manier les diverses qualifications à sa disposition pour en sanctionner les « vols » ou les « abus de confiance ».

Il faut dire que les délinquants ont su adapter leurs « méthodes de travail » à l'introduction des nouvelles technologies et que ces changements ont donc conduit les

120. P. Catala, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *D.* 1984, chr., p. 97 et s., spéc. p. 99, et « La propriété de l'information », *in Mél. Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 97, où l'auteur défend une thèse maximaliste de l'appropriation de l'information, conçue comme le produit d'une activité humaine, sous la forme d'un droit de propriété, lien « naturel » d'appropriation » ; *adde*, M. Vivant, « À propos des biens informationnels », *JCP* G 1984, I, 3132, et « An 2000 : l'information appropriée », *in Mél. J.-J. Burst*, Litec, 1997, p. 651 et s.

121. *Cf.* directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites ; loi nº 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires.

122. R. Libchaber, « La recodification… », art. préc. p. 348 et s. ; J.-C. Galloux, « Ébauche d'une définition juridique de l'information », *D.* 1994, chr., p. 229, plaidant pour une qualification de chose commune, voire de patrimoine de l'Humanité ; N. Mallet-Poujol, « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *D.* 1997, chr., p. 330.

123. P. Catala, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD civ.* 1966, nº 22, p. 202-203, relevant très tôt leur spécificité d'être des valeurs « *personnelles par leur source et immatérielles par leur nature* », « *qui ne résultent pas de la transformation de matières préexistantes, mais procèdent du seul travail de l'homme* ».

magistrats à élaborer de nouveaux raisonnements pour adapter la jurisprudence à cette évolution.

Ils avaient pour cela, à leur disposition, l'article 311-1 du code pénal qui définit le vol comme la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui.

Également, l'article 314-1 du même code qui incrimine l'abus de confiance consistant dans le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé.

Mais quelles « choses » ou quels « biens » pouvaient-ils être concernés par ces définitions somme toute très générales ?

Le législateur avait tracé une direction à l'occasion du nouveau code pénal, incriminant le vol d'énergie à l'article 311-2 du code pénal et mettant par là un terme à un débat séculaire.

Il ouvrait ainsi la voie à la reconnaissance de l'appropriation frauduleuse des choses incorporelles et invitait, notamment, les juristes à s'interroger sur le statut des informations réunies sur des supports divers comme des écrits, mais également des fichiers informatiques ou clés USB.

Pour certains commentateurs (B. de Lamy, « Florilège sur la protection de l'information par le droit pénal, Propos introductif au colloque de mai 2008 à l'université de Bordeaux IV », *Droit pénal* 2008, repère n° 8) « *l'information est, en effet, une valeur en elle-même, indépendamment du support qui l'incarne. Son ubiquité révèle* à *l'évidence sa nature immatérielle et le droit pénal ne peut la protéger efficacement que s'il la vise elle-même et non son support qui n'est finalement qu'un leurre* ».

En tout état de cause, et ainsi que le souligne cet auteur (« Abus de confiance et bien incorporel : dématérialisation ou défiguration du délit ? », *D.* 2001, p. 1423), « *[l]e droit pénal n'est pas un droit statique. Le principe légaliste ne signifie pas que la matière est figée. Elle doit évoluer avec le contexte dans lequel elle vit pour remplir son office lorsque l'esprit de l'incrimination le permet et que sa lettre ne l'interdit pas. C'est ce qui lui permet d'éviter le risque de dépérissement dû* à *la vétusté et celui de l'étouffement sous la multiplication des textes inutiles*. »

La Cour de cassation a ainsi pu procéder, sans grande difficulté, à la sanction des nouveaux comportements liés aux nouvelles technologies au travers du délit d'abus de confiance (§ I). Elle a été plus réticente à l'égard de l'infraction de vol (§ II). Quant à l'articulation des deux qualifications, elle non plus n'est pas toujours aisée à opérer (§ III).

§ I. La Cour de cassation et la qualification d'abus de confiance : une jurisprudence bien établie

En matière d'abus de confiance, la Cour de cassation a paru, au départ, prudente puis a résolument fait évoluer sa jurisprudence.

La Cour de cassation a tout d'abord maintenu sa conception traditionnelle de la chose susceptible d'être détournée sur le fondement de l'article 314-1 du code pénal en limitant le champ d'application de ces dispositions aux biens corporels.

Un exemple topique est constitué par l'arrêt du 9 mars 1987 (Crim., 9 mars 1987, pourvoi n° 84-91.977, *Bull. crim.* 1987, n° 111) qui fait précisément la différence entre les biens corporels et incorporels puisqu'il statue sur le détournement d'un contrat.

Dans cette espèce, le prévenu, poursuivi du chef d'abus de confiance pour avoir « détourné ou dissipé au préjudice de la société D., qui en était propriétaire, des contrats qui ne lui avaient été remis qu'à titre de mandat, à charge par lui d'en faire un usage ou un emploi déterminé, de les rendre ou de les représenter », et donc pour avoir, en réalité, détourné la clientèle de son employeur, avait été relaxé par la cour d'appel qui avait considéré qu'il ne ressortait pas des éléments de fait que l'intéressé « se soit personnellement approprié des dossiers ou une documentation appartenant à cette société, ni qu'il ait conservé et détourné des sommes d'argent versées par des clients pour être remises à ladite société ».

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par l'employeur constitué partie civile qui faisait valoir que le prévenu avait détourné les contrats, dont son employeur était titulaire, du but dans lequel ils lui avaient été confiés, en énonçant que « le détournement n'est pénalement punissable en vertu de l'article 408 du code pénal que s'il porte sur l'écrit constatant le contrat mais non sur les stipulations qui en constituent la substance juridique ».

Cependant, dès l'année 2000, la chambre criminelle de la Cour de cassation, énonçant que les dispositions de l'article 314-1 du code pénal s'appliquent à un bien quelconque et non pas seulement à un bien corporel, a jugé que constitue un abus de confiance le fait de détourner le numéro de carte bancaire communiqué par un client pour un paiement déterminé et, par là même, d'en faire un usage non convenu entre les parties (Crim., 14 novembre 2000, pourvoi n° 99-84.522, *Bull. crim.* 2000, n° 338).

Cette décision a été saluée par la doctrine qui y a vu « une étape importante dans la protection pénale des biens immatériels par les incriminations traditionnelles » (« Abus de confiance et bien incorporel : dématérialisation ou défiguration du délit ?, *D.* 2001, 1423, note B. de Lamy).

Pour cet auteur, « La solution inaugurée par l'arrêt du 14 nov. 2000 a plusieurs mérites. Le premier est de suivre l'évolution du droit des biens » tandis que « Le deuxième […] est de contribuer à sécuriser l'emploi des nouvelles technologies et des nouveaux moyens de paiement » et il conclut que si l'intervention du législateur s'avère nécessaire pour réprimer l'utilisation frauduleuse d'une nouvelle technologie, « cette intervention semble peu opportune lorsque la nouvelle technologie ne sert qu'à reproduire des schémas criminels familiers ».

Dans le prolongement de cette jurisprudence, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de cour d'appel ayant déclaré coupable d'abus de confiance le prévenu qui avait disposé au profit d'un tiers et comme d'un bien propre d'un projet de réalisation d'une borne de gestion qui constituait la propriété de son employeur et dont il n'était que détenteur (Crim., 22 septembre 2004, pourvoi n° 04-80.285, *Bull. crim.* 2004, n° 218).

En l'espèce, alors que la cour d'appel relevait que le projet s'était matérialisé dans un écrit, à savoir le devis descriptif du projet, la chambre criminelle, pour approuver la

déclaration de culpabilité, s'est référée non à l'écrit le matérialisant mais au projet lui-même, dont elle affirme le caractère susceptible d'appropriation.

Elle a aussi jugé que se rend coupable d'abus de confiance le salarié qui, au moyen de l'ordinateur et de la connexion internet mis à sa disposition pour les besoins de son activité professionnelle, visite des sites pornographiques et stocke sur son disque dur de très nombreux messages de même nature (Crim., 19 mai 2004, pourvoi n° 03-83.953, *Bull. crim.* 2004, n° 126).

Plus tard, la chambre criminelle de la Cour de cassation a admis le détournement d'informations relatives à la clientèle d'une entreprise (Crim., 16 novembre 2011, pourvoi n° 10-87.866, *Bull. crim.* 2011, n° 233) en énonçant que « Les dispositions de l'article 314-1 du code pénal s'appliquent à un bien quelconque, susceptible d'appropriation » et que « les informations relatives à la clientèle constituent un bien susceptible d'être détourné », cassant ainsi l'arrêt d'une cour d'appel qui avait jugé que l'abus de confiance ne peut porter que sur un bien mobilier et qu'aucun détournement de fichier n'a été établi.

M. Guillaume Beaussonie (*D.* 2012, 12 janvier 2012, « Études et commentaires », p. 137 à 141, « La pérennité de la protection pénale des biens incorporels ») souligne que « L'arrêt rendu le 16 novembre 2011 par la chambre criminelle de la Cour de cassation ne fait que confirmer ce que, sur ces questions, quelques précédents arrêts avaient, déjà, au moins permis de pressentir : la remise et le détournement n'ont, en vérité, aucunement besoin d'être dématérialisés. Ces deux notions sont, en effet, suffisamment compréhensives pour concerner également les biens sans corps, en conséquence de quoi rien n'empêche de considérer que la sanction des détournements de ces biens participe légitimement du droit pénal positif ».

Pour sa part, M. Lena (*D.* 2011, 8 décembre 2011, *Actualité de droit pénal et de procédure pénale*, p. 2935, note M. Léna « Abus de confiance : détournement de clientèle ») rapproche cette décision de celle rendue par la première chambre civile de la Cour de cassation qui a admis que la clientèle était cessible (1re Civ., 7 novembre 2000, pourvoi n° 98-17.731, *Bull. 2000,* I, n° 283) et voit dans cette jurisprudence « un outil efficace du droit de la concurrence, en matière de lutte contre les comportements déloyaux des salariés ».

L'arrêt rendu le 22 mars 2017 (Crim., 22 mars 2017, pourvoi n° 15-85.929, *Bull. crim.* 2017, n° 78) confirme l'orientation prise par la chambre criminelle de la Cour de cassation en matière de détournement d'informations et consacre le détournement de clientèle en énonçant que « constitue un abus de confiance le fait, pour une personne, qui a été destinataire, en tant que salariée d'une société, d'informations relatives à la clientèle de celle-ci, de les utiliser par des procédés déloyaux dans le but d'attirer une partie de cette clientèle vers une autre société » tout en reprenant la motivation de la cour d'appel qui affirmait « qu'importent peu l'absence de détournement préalable de fichiers électroniques ou de tout autre support écrit ».

S'agissant du délit de vol, la jurisprudence de la Cour de cassation paraît beaucoup moins claire et fait l'objet de débats sur le sens et la portée qu'il convient de lui donner.

§ II. La Cour de cassation et la qualification de vol : une jurisprudence en devenir

Dans un arrêt du 8 janvier 1979 (Crim., 8 janvier 1979, pourvoi n° 77-93.038, *Bull. crim.*, n° 13), la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que « la détention matérielle d'une chose non accompagnée de la remise de la possession n'est pas exclusive de l'appréhension qui constitue l'un des éléments du délit de vol » et que se rend coupable de ce délit un préposé qui prend, à des fins personnelles à l'insu et contre le gré du propriétaire, des photocopies de ces documents qu'il détenait dans l'exercice de ses fonctions, et qui ainsi appréhende frauduleusement ces documents pendant le temps nécessaire à leur reproduction.

M. A. Mihman (*Répertoire Dalloz Pénal et procédure pénale*) voit dans cet arrêt la naissance d'une « soustraction par la seule photocopie de l'original » même si l'arrêt ne s'appuie que sur l'appropriation frauduleuse le temps nécessaire à la reproduction et sur la manipulation du support matériel contenant les informations, préservant ainsi le classicisme de la jurisprudence de la chambre criminelle.

Selon cet auteur, « C'est dans cette mesure, qu'avec cet arrêt, l'exigence traditionnelle de la matérialité de la chose subit une atténuation qui n'a, au demeurant, rien d'étonnant. En effet, ainsi que l'a affirmé la chambre criminelle dans un attendu de principe (Crim., 28 oct 1959, *D.* 1960. 314, note A. Chavanne, *S.* 1960. 202, *Gaz. Pal.* 1960. 1, 16, *JCP* 1959. II. 11343), la façon d'appréhender une chose varie avec la nature de celle-ci ».

La notion de « contenu informationnel » fait son apparition dix ans plus tard dans un arrêt par lequel la Cour de cassation juge que n'encourt pas la cassation l'arrêt qui déclare les prévenus coupables, d'une part, du vol d'un certain nombre de « disquettes », et, d'autre part, du vol du contenu informationnel de certaines d'entre elles, durant le temps nécessaire à la reproduction des informations (Crim., 12 janvier 1989, pourvoi n° 87-82.265, *Bull. crim.* 1989, n° 14).

Deux mois plus tard, sans avoir recours à la même notion de façon explicite, la Cour de cassation se livre au même raisonnement en considérant que c'est à bon droit qu'une cour d'appel a déclaré coupable du délit de vol l'employé d'une entreprise qui, à l'insu de son employeur, a utilisé des documents comptables appartenant à l'entreprise pour établir des tableaux et graphiques communiqués à un concurrent (Crim., 1er mars 1989, pourvoi n° 88-82.815, *Bull. crim.* 1989, n° 100).

La Cour de cassation aura à nouveau recours à la notion de « contenu informationnel » dans les arrêts des 9 septembre 2003 (Crim., 9 septembre 2003, pourvoi n° 02-87.098) et 4 mars 2008 (Crim., 4 mars 2008, pourvoi n° 07-84.002, non publiés).

Dans ce dernier, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre la décision d'une cour d'appel par un prévenu qui avait, en donnant des instructions et les moyens d'agir à l'un de ses employés, organisé le vol du contenu informationnel d'au moins 9 SyQuest, en les faisant copier sur des supports matériels, sans répondre précisément au moyen du demandeur qui contestait la caractérisation du vol des données informatiques dès lors qu'elles étaient toujours restées en la possession de leur légitime propriétaire.

Une partie de la doctrine (P. Bouzat, « Vol de disquettes et du contenu informationnel de certaines d'entre elles », *RSC* 1990, 346 ; M.-P. Lucas de Leyssac, « L'arrêt *Bourquin*, une double révolution : un vol d'information seule, une soustraction permettant

d'appréhender des reproductions qui ne constitueraient pas des contrefaçons », *RSC* 1990, p. 507) a salué les décisions de 1989, voyant en elles la consécration du vol d'information.

Pour Mme Lucas de Leyssac, une telle interprétation ne méconnaît pas les principes fondamentaux de la matière pénale dès lors que « La façon d'appréhender une chose varie nécessairement avec la nature de celle-ci, et la chambre criminelle l'a expressément admis depuis longtemps, précisément, en matière de vol (Crim., 28 oct. 1959, *D*. 1960. 314, note A. Chavanne). Or, une information seule peut être appréhendée par simple captation intellectuelle, en particulier, par la vue ou par l'ouïe. […]

Le principe, selon nous essentiel, de la matérialité de l'élément proprement constitutif a été maintenu dans l'arrêt *Bourquin*, car c'est dans l'activité matérielle de reproduction qu'il a situé la soustraction. Il l'a été, aussi, dans l'arrêt *Antonioli*, où le vol se situait, non pas du côté captation de l'information, mais du côté de sa divulgation parce que, dans cet arrêt, la soustraction a été située dans la transmission des graphiques dressés par l'agent (v. *supra*) ».

C'est également l'analyse qu'en fait M. le premier avocat général F. Desportes, dans son avis relatif au pourvoi n° 14-81.336 (Crim., 20 mai 2015, pourvoi n° 14-81.336, *Bull. crim*. 2015, n° 119). Selon ce magistrat : « Tout en respectant le principe d'interprétation stricte de la loi pénale, vous avez toujours su adapter les incriminations aux évolutions technologiques, veillant à ce que soient atteints les objectifs du législateur et donc à ce que la loi soit appliquée conformément à la fois à sa lettre et à son esprit. Cela est particulièrement vrai s'agissant du vol dont la définition a révélé une certaine plasticité. Ainsi, en 1912 vous avez jugé que l'électricité qui n'était guère répandue lors de la promulgation du code de 1810 était "une chose" susceptible de vol. Plus récemment, vous avez jugé que photocopier un document pouvait caractériser la soustraction constitutive du délit (Crim., 8 janv. 1979, B. n° 13). C'est dans le même souci de prendre en compte les nouveaux moyens offerts par le développement de l'informatique que vous avez jugé que la copie frauduleuse de fichiers en était également constitutive.

Ainsi, en jugeant, par votre arrêt du 12 janvier 1989 – premier de la courte série –, que la copie frauduleuse de nombreux fichiers sur une disquette caractérisait un vol, vous n'avez pas réduit l'infraction à la soustraction de la disquette constituant le support matériel des fichiers, ce qui n'aurait été qu'un artifice dénaturant les faits reprochés au prévenu. Vous avez clairement affirmé que le vol portait sur le "contenu informationnel" de la disquette et que la soustraction consistait dans le fait de s'être comporté en propriétaire de ce contenu en en prenant possession (Crim., 12 janv. 1989, B. n° 14). Cette interprétation est confortée par vos arrêts ultérieurs, non publiés, qui ont admis la répression du vol de données informatiques dans des cas où elles n'étaient pas placées sur un support matériel qui aurait été également subtilisé (v. Crim., 9 sept. 2003, n° 02-87.098 – Crim., 4 mars 2008, n° 07-84.002 – Crim., 27 avril 2011, n° 10-86.233). Elle est en cohérence avec les arrêts par lesquels vous avez jugé que des données informatiques étaient susceptibles de recel (Crim., 20 oct. 2010, n° 09-88.387) ou encore d'un détournement constitutif d'un abus de confiance (Crim., 22 oct. 2014, n° 13-82630). »

M. S. Detraz (*D*. 2008, p. 2213, « Vol du contenu informationnel de fichiers informatiques ») est, pour sa part, moins enthousiaste et relève que, dans les espèces jugées en 1989, « avait été invariablement accompli un acte matériel d'appréhension du support physique ».

Pour ce commentateur, la réponse lacunaire formulée par la Cour de cassation dans son arrêt du 4 mars 2008 précité (Crim., 4 mars 2008, pourvoi nº 07-84.002) « est une nouvelle occasion manquée, pour la Cour de cassation, de clarifier sa position en matière de vol d'informations, même si la présente décision apporte des éléments intéressants s'agissant de l'objet du délit ».

Il estime que cette décision se distingue partiellement de celles de 1989 « en ce que, en l'espèce, aucun support n'a été soustrait, l'agent accaparant le contenu des fichiers informatiques sans manipulation du contenant ; un pas de plus est donc fait, du moins dans cette décision, vers la dématérialisation de l'objet de la soustraction frauduleuse, permise par la nature informatique de ce dernier ».

Un arrêt du 20 mai 2015 (Crim., 20 mai 2015, pourvoi nº 14-81.336, *Bull. crim.* 2015, nº 119 ; *D.* 2015, p. 1466, note L. Saenko ; *JCP* 2015, éd. G., II, 887, note G. Beaussonie ; *Gaz. Pal.* 2015, 1, p. 8, note S. Detraz ; *Dr. pénal* 2015, comm. 123, note P. Conte) continue d'alimenter le débat.

Dans cette affaire, amplement commentée par la doctrine, le prévenu, qui s'était introduit sur le site extranet de l'Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail (ANSES) à la suite d'une défaillance technique, s'y était maintenu alors qu'il avait constaté l'existence d'un contrôle d'accès, et avait téléchargé des données qu'il avait fixées sur différents supports et diffusées à des tiers.

La loi nº 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, qui avait modifié le premier alinéa de l'article 323-3 du code pénal en étendant l'incrimination de l'introduction, la modification et la suppression frauduleuses de données dans un système de traitement automatisé, à l'extraction, la détention, la reproduction et la transmission frauduleuses de ces données, était certes déjà entrée en vigueur mais, les faits objets de l'arrêt du 20 mai 2015 précité (Crim., 20 mai 2015, pourvoi nº 14-81.336, *Bull. crim.* 2015, nº 119) étant antérieurs à la date de cette entrée en vigueur, le texte ne pouvait leur être appliqué.

Dans son avis, M. Desportes, premier avocat général, rappelle les travaux parlementaires de cette loi qui ont, à plusieurs reprises, fait référence au « vol de données informatiques », et précise qu'au moment du vote de la loi nº 88-19 du 5 janvier 1988 relative à la fraude informatique, le législateur avait jugé inutile d'incriminer spécialement « la captation sans droit de données ou programmes enregistrés » au motif précisément que de tels faits paraissaient constituer un vol.

La Cour de cassation rejette le pourvoi qui faisait valoir, notamment, que le seul téléchargement de fichiers informatiques, même à l'insu et contre la volonté de leur propriétaire, n'est pas constitutif de vol sauf lorsqu'il est accompagné de l'appropriation frauduleuse d'une chose appartenant à autrui, aux motifs que cette infraction est constituée par la soustraction par le prévenu des données qu'il a utilisées sans le consentement de leur propriétaire.

Si la doctrine est unanime pour approuver la solution selon laquelle des données informatiques peuvent faire l'objet de vol dès lors qu'elles constituent la chose d'autrui (G. Beaussonie et P. Conte précités), ces commentateurs critiquent la solution de la Cour de cassation qui semble faire de l'utilisation des données soustraites un élément de la caractérisation du vol.

M. Conte relève que ce serait ajouter aux éléments constitutifs du délit de vol, sauf à constater une « originalité irréductible du vol d'information : en tant que rapport de fait, la possession d'un bien incorporel doit se manifester de façon nécessairement différente de celle exercée par le possesseur d'un bien corporel – raison pour laquelle, classiquement, l'article 2276 du code civil ne s'applique d'ailleurs pas aux biens incorporels. Mais si telle devait être la portée réelle de la décision commentée, la même restriction devrait apparaître lorsque la chambre criminelle se prononce en matière d'abus de confiance à propos du détournement d'une information : or, mis à part les cas où, raisonnant sur un détournement par un usage autre que celui convenu, il est naturel de viser l'utilisation qui a été faite de l'information (V. Crim., 14 novembre 2000, pourvoi n° 99-84.522, *Bull. crim.* 2000, n° 338 : *JurisData* n° 2000-007519 ; *Bull. crim.* 2000, n° 338 ; *D.* 2001, p. 1423, note de Lamy ; *Rev. sc. crim.* 2001, p. 385, obs. Ottenhof), il n'apparaît pas que la condamnation soit subordonnée à une utilisation effective de l'information détournée (V. Crim., 22 octobre 2014, pourvoi n° 13-82.630 : *JurisData* n° 2014-024941 ; *JCP*, éd. G 2015, 52, note Beaussonie et Bargain ; *Rev. pénit.* 2014, p. 883, obs. Beaussonie : « le détournement de données résulte du seul fait de les dupliquer), alors que le détournement, comme la soustraction, suppose l'usurpation de la possession »).

Pour sa part, M. Beaussonie regrette que la Cour de cassation n'ait pas expressément énoncé par un attendu de principe que « la reproduction est une forme de soustraction, [...] tant la solution est tout aussi constante qu'elle est contestée ».

C'est par un arrêt du 28 juin 2017 (Crim., 28 juin 2017, pourvoi n° 16-81.113, *Bull. crim.* 2017, n° 191 ; *D.* 2017, p. 1885, note G. Beaussonie ; *Dr. pénal* 2017, comm. 141, note P. Conte ; *adde* L. Saenko, « La (quasi-) consécration du vol d'informations », *RTD Com.* 2017, p. 713) que la Cour de cassation va se prononcer sur la notion de vol d'informations « partagées » et d'appropriation.

En l'espèce, le prévenu, avocat au sein d'une société civile professionnelle (SCP), avait, dans le cadre d'un litige l'opposant à l'un de ses associés, remis au bâtonnier des doubles de correspondances adressées par son adversaire à des banques, à des organismes mutualistes et à des structures ordinales, qui se trouvaient sur le réseau informatique du cabinet auquel il avait librement accès. Poursuivi du chef de vol, il avait été déclaré coupable de ce chef tant en première qu'en seconde instance.

Dans le cadre de son pourvoi, il faisait valoir, notamment, que le libre accès aux informations depuis un terminal de l'entreprise sans passer par un mot de passe est une preuve de leur appartenance à l'entreprise, exclusive de toute appropriation et donc de tout vol.

La Cour de cassation, après avoir relevé qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué que la partie civile « n'avait pas entendu donner au prévenu la disposition des documents personnels dont elle était propriétaire », rejette le pourvoi en énonçant que « le libre accès à des informations personnelles sur un réseau informatique d'une entreprise n'est pas exclusif de leur appropriation frauduleuse par tout moyen de reproduction ».

M. Beaussonie (*D.* 2017, p. 1885), s'il salue le principe posé par la Cour suprême selon lequel la soustraction frauduleuse d'une information prend inéluctablement la forme d'une reproduction, quel que soit le moyen utilisé pour ce faire, critique néanmoins cette solution qui, selon lui, fait revivre la notion de « soustraction juridique » chère à Émile Garçon, dès

lors que constitue une soustraction l'appropriation frauduleuse d'une information qui était préalablement détenue légitimement par le prévenu.

Pour ce commentateur, dans le cas « où le détenteur a dépassé ses droits sur un bien qu'il savait appartenir à quelqu'un d'autre, est en cause un abus de confiance plutôt qu'un vol ».

À ce jour, la portée de la jurisprudence de la chambre criminelle concernant le vol d'information n'est pas totalement définie et les débats se concentrent maintenant sur le choix de la qualification – vol ou abus de confiance – la plus opportune.

§ III. La Cour de cassation et l'articulation du vol et de l'abus de confiance : une jurisprudence en construction

L'information est un objet de droit particulier et les conditions de son appropriation et de sa détention peuvent rendre l'opération de qualification délicate.

C'est pourquoi, après avoir rappelé ce qui distingue en général le vol et l'abus de confiance (A), nous nous arrêterons plus précisément sur l'articulation entre ces deux infractions, appliquées aux cas d'appropriation frauduleuse d'une information (B).

A. La distinction générale du vol et de l'abus de confiance

La qualification de vol assure la protection par excellence de la propriété. Défini par l'article 311-1 du code pénal comme la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui, le vol implique que le propriétaire soit dépossédé de son bien à son insu et sans son consentement (Crim., 18 novembre 1837, *Bull. crim.* n° 405, *S.* 1838. 1.366 ; 14 décembre 1839, *Bull. crim.* n° 380, *S.* 1840. 1.550 ; 2 mai 1845, *S.* 184, 1.474, *DP* 1845. 1.298). La remise volontaire de la chose par son propriétaire exclut donc le vol.

La jurisprudence, s'inspirant des travaux d'Émile Garçon relatifs au concept de « soustraction juridique », a cependant pu admettre, par le passé, que « la détention purement matérielle, non accompagnée de la remise de la possession, n'est pas exclusive de l'appréhension frauduleuse au sens de l'article 379 du code pénal » (par exemple : Crim., 11 janvier 1919, *Bull. crim.* n° 9 ; 22 décembre 1926, *ibid.*, n° 317 ; 17 décembre 1980, *ibid.*, n° 351 ; 11 juin 1990, *ibid.*, n° 238). Il s'agissait de pallier la définition restrictive de l'abus de confiance, qui interdisait de poursuivre l'auteur du détournement si le bien ne lui avait pas été remis au titre des six contrats énumérés par l'article 408 de l'ancien code pénal, en permettant la répression de celui à qui a été remise la détention « matérielle », sans que lui ait été consentie une véritable « possession ». Le recours au concept de soustraction juridique a perdu beaucoup d'intérêt à la suite de l'adoption d'une définition élargie de l'abus de confiance dans le nouveau code pénal (voir sur l'ensemble de la question : W. Jeandidier, *Jurisclasseur Pénal*, art. 311-1 à 311-16 – Fasc. 20, § 53 et s. ; A. Mihman, Marie-Paule Lucas de Leyssac (†), *Répertoire Dalloz Pénal et procédure pénale*, V° Vol, § 115 et s.).

En effet, l'article 314-1 du code pénal incrimine désormais l'abus de confiance quel que soit le cadre de la remise. Selon ce texte, le délit se réalise par le détournement d'un

bien préalablement remis volontairement par son propriétaire, qui s'en est ainsi dépossédé de son plein gré à charge de le rendre, de le représenter ou d'en faire un usage quelconque.

La chambre criminelle de la Cour de cassation a rappelé récemment dans un arrêt important du 5 avril 2018 que cette remise doit avoir été opérée à titre précaire, le transfert de propriété excluant l'abus de confiance (Crim., 5 avril 2018, pourvoi n° 17-81.085, *Bull. crim*. 2018, n° 62 ; *D.* 2018, p. 930, note G. Beaussonie ; *Gaz. Pal.* 2018, n° 19, p. 15, note L. Saenko ; *Dr. Pénal* 2018, comm. 101, note P. Conte, *Rapport annuel* 2018 de la Cour de cassation).

La solution n'est certes pas nouvelle. Ainsi, par exemple, la Cour de cassation avait déjà eu l'occasion de censurer une cour d'appel qui, pour déclarer une prévenue coupable d'abus de confiance, avait retenu qu'elle n'avait pas respecté l'obligation contractuelle d'affecter les fonds empruntés, qui lui avaient été remis, à la construction de deux villas sur la parcelle de terrain faisant l'objet du bail emphytéotique. La haute juridiction soulignait qu'en effet l'emprunteuse était devenue propriétaire des fonds prêtés (Crim., 14 février 2007, pourvoi n° 06-82.283, *Bull. crim*. 2007, n° 48).

Cependant, par plusieurs arrêts postérieurs, elle avait admis une définition plus souple de l'abus de confiance. Ainsi, dans une première affaire, des cuisinistes avaient encaissé des acomptes alors qu'ils savaient, dès l'origine, que les travaux ne pourraient être exécutés en raison de la situation financière totalement obérée de leur entreprise. La chambre criminelle de la Cour de cassation a approuvé la qualification d'abus de confiance retenue au motif que « *les prévenus, qui dès l'origine, n'entendaient pas respecter leurs engagements, n'ont pas utilisé les fonds selon l'usage convenu* » (Crim., 3 février 2016, pourvoi n° 14-83.427). Elle a adopté une solution similaire à l'occasion d'un autre pourvoi concernant des avances versées dans le cadre de contrats de construction de maisons individuelles (Crim., 6 avril 2016, pourvoi n° 15-81.272, *Bull. crim.* 2016, n° 123 ; *D.* 2016, p. 1409, note N. Balat et F. Safi ; *JCP* 2016, éd. G., II, 854, note N. Catelan ; *Gaz. Pal*. 2016, n° 27, p. 55, note S. Detraz ; *Dr. Pénal* 2016, comm. 72, note P. Conte ; *AJ Pénal* 2016, p. 382, note G. Royer).

Il n'est pas contestable que, dans les deux cas, les prévenus étaient devenus propriétaires des sommes qui leur avaient été versées en application des règles du droit civil.

La doctrine s'est montrée très critique envers ces solutions. Certains auteurs y ont vu une dénaturation des notions civiles de propriété et de détention précaire, conduisant à reconnaître la possibilité pour un propriétaire de détourner son propre bien : devait-on conclure à l'existence d'une définition pénale autonome de la propriété ? (N. Catelan, note précitée ; P. Conte, note précitée).

Il était également souligné que le délit d'abus de confiance se trouvait détourné de sa finalité. Protecteur de la propriété, il devenait celui de la foi contractuelle.

Dans sa décision précitée du 5 avril 2018, la chambre criminelle de la Cour de cassation est revenue sur cette jurisprudence. En l'espèce, le prévenu, qui exerçait une activité de traiteur et d'organisateur de mariage, avait encaissé des arrhes pour des prestations qui n'avaient jamais été réalisées. Il avait été condamné pour abus de confiance par les premiers juges au motif qu'il avait détourné des fonds qui lui avaient été remis à charge d'en faire un usage particulier et qu'il avait encaissés alors qu'il avait cessé son activité. Cette

décision avait été confirmée en appel. À l'appui de son pourvoi, le prévenu soutenait notamment que les fonds ne lui avait pas été remis à titre précaire.

La chambre criminelle a jugé que méconnaît les dispositions de l'article 314-1 du code pénal la cour d'appel qui déclare coupable d'abus de confiance le prestataire de services qui n'a pas rempli ses obligations contractuelles, les fonds, remis en vertu du contrat de prestations de service, l'ayant été en pleine propriété, peu important la connaissance par le prévenu, dès la remise des fonds, de son impossibilité d'exécuter le contrat. La Cour de cassation réaffirme ainsi que l'abus de confiance ne vient pas sanctionner la violation de simples obligations contractuelles, mais bien l'atteinte portée au droit de propriété (voir H. Matsopoulou, « La remise en cause de l'autonomie pénale de la notion de détention précaire », *RSC* 2018, p. 901).

Cet arrêt a été confirmé quelques mois plus tard (Crim., 19 décembre 2018, pourvoi n° 17-84.659).

Le débiteur indélicat n'échappera pas pour autant nécessairement à toute sanction pénale, d'autres infractions pouvant être caractérisées. Ainsi, les faits pourront, le cas échéant, être qualifiés d'escroquerie si la remise a été provoquée en trompant le propriétaire par des manœuvres frauduleuses.

Ces quelques éléments mettent en évidence que les limites des infractions de vol et d'abus de confiance peuvent être soumises à certaines variations, les notions de détention et de propriété se révélant au cœur du processus de qualification.

L'application de ces délits à l'appropriation frauduleuse d'informations amène également certaines interrogations sur l'extension de leurs limites et leur articulation.

B. L'articulation du vol et de l'abus de confiance en cas d'appropriation frauduleuse d'informations

Certaines hypothèses d'appropriation frauduleuse d'informations apparaissent assez simples et leur qualification ne semble pas prêter à discussion.

Ainsi, l'utilisation, par le président d'une société de vente par correspondance, du numéro de la carte bancaire d'une cliente, remis au fin de règlement d'une commande, pour obtenir un paiement indu ne pouvait être qualifié que d'abus de confiance, la remise volontaire de cette information par sa propriétaire excluant le vol (Crim., 14 novembre 2000, pourvoi n° 99-84.522, *Bull. crim.* 2000, n° 338).

L'analyse des faits ayant conduit à l'arrêt du 28 juin 2017 déjà évoqué ci-dessus (Crim., 28 juin 2017, pourvoi n° 16-81.113, *Bull. crim.* 2017, n° 191), s'avère moins évidente (on se reportera *supra* pour l'exposé de la cause et de la solution).

Rappelons que, dans cette affaire, l'un des deux associés d'une société civile professionnelle d'avocats avait eu accès, par le biais du système informatique du cabinet, aux fichiers collectifs, parmi lesquels se trouvaient des courriers rédigés par sa consœur et destinés à des banques ou des organismes mutualistes, ainsi que des courriels émis par ces organismes. Le prévenu avait effectué des photographies de ceux-là et imprimé les courriers. Ces documents avaient ensuite été remis au bâtonnier dans le cadre du contentieux opposant les deux associés.

La doctrine s'est interrogée sur la qualification de vol appliquée dans cette affaire. Il est certain que lorsque leur propriétaire a protégé l'accès à des informations, par un code d'accès par exemple, il est seul à détenir ces informations. Celui qui s'introduit frauduleusement dans le système de données et s'empare de ces informations les détient contre le gré de leur propriétaire. La qualification de vol peut être envisagée, mais pas celle d'abus de confiance (Crim., 20 mai 2015, pourvoi n° 14-81.336, *Bull. crim*. 2015, n° 119, précité).

Les faits ayant donné lieu à l'arrêt du 28 juin 2017 étaient différents. Les courriers et messages électroniques reproduits par le prévenu se trouvaient enregistrés parmi les fichiers collectifs de la société civile professionnelle, qui n'étaient protégés par aucun code et auxquels les deux avocats avaient librement accès.

Si certains commentateurs ont approuvé sans réserve la qualification de vol (S. Detraz, note précitée), d'autres se sont interrogés : laisser une information en libre accès n'emporte-t-il pas dépossession volontaire de cette information ? Le prévenu qui avait librement accès à ces données ne les détenait-il pas légitimement ? Leur appropriation frauduleuse ne devait-elle pas alors être qualifiée d'abus de confiance ?

G. Beaussonie (note précitée ; *adde* L. Saenko, article précité), critiquant la décision rendue par la Cour de cassation, y a vu la renaissance de la « soustraction juridique » évoquée ci-dessus « c'est-à-dire la possibilité de réprimer à l'instar d'un voleur, celui à qui l'on a déjà remis la détention "matérielle" mais dans le sens de "simple" d'un bien et qui finit par se l'approprier ».

Mais, la détention par un tiers d'un bien, corporel comme incorporel, n'implique-t-elle pas que le propriétaire le lui ait remis ? (Crim., 22 octobre 2014, pourvoi n° 13-82.630). Or, lorsque le propriétaire de données les stocke sur un serveur, qu'il soit ou non en libre accès, la seule personne à qui il remet ces informations n'est-elle pas le gestionnaire de ce serveur, à charge pour lui de les conserver et de les représenter lorsque leur propriétaire, ou un tiers autorisé, souhaite les consulter ?

Au regard de la jurisprudence, il apparaît que la remise d'informations à un tiers et la détention qui en résulte impliquent soit que le propriétaire lui ait donné l'autorisation de les utiliser dans un cadre donné (c'est l'hypothèse du détournement des numéros de carte bancaire évoqué ci-dessus), soit que ces données aient été reproduites sur un support (physique ou informatique), lui-même détenu par ce tiers.

La simple possibilité de prendre connaissance librement d'une information n'emporte donc ni sa remise, ni sa détention.

Est-ce véritablement étonnant ? L'amateur d'art, qui admire un tableau de maître accroché dans une salle d'exposition, peut certes y accéder librement, mais ne le détient pas pour autant.

Pour conclure, s'il paraît acquis que l'information est susceptible d'appropriation et que l'atteinte portée aux droits de son propriétaire est protégée en tant que telle par le code pénal, le débat sur la qualification la plus appropriée reste ouvert dans un certain nombre de cas.

Il risque cependant de devenir, à l'avenir, purement théorique, au moins s'agissant des données informatiques. Leur appropriation frauduleuse est en effet désormais sanctionnée par l'article 323-3 du code pénal, modifié par la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014

renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, qui réprime, entre autres, le fait d'extraire, détenir, reproduire et transmettre frauduleusement les données contenues dans un système de traitement automatisé.

Section 2. L'appropriation d'éléments incorporels par un exploitant

Une autre tendance est également à l'œuvre, qui tient en la concurrence de droits personnels pour disposer, sur des biens, de prérogatives proches du droit réel. On aura reconnu la « propriété commerciale », octroyée par le bail correspondant (§ I), tendance qui peine cependant à se dessiner dans les mêmes termes pour l'entreprise agricole (§ II).

§ I. « La propriété commerciale »

Le droit au bail, qui confère au preneur un droit temporaire de jouissance sur le bien, ne relève pas de la catégorie des droits réels mais personnels, ce que la Cour de cassation a jugé il y a déjà fort longtemps (Req. 6 mars 1861, *DP* 1861. 1. 417 ; *S.* 1861. 1. 713 ; Civ., 21 décembre 1865, *S.* 1865. 1. 113 ; Civ., 14 mai 1918, *DP* 1918. 1. 53 ; Req. 4 mai 1925, *DP* 1925. 1. 141). Cependant, face à l'étendue des droits du preneur, la distinction des droits réels et des droits de créance peut sembler ténue à certains égards. C'est particulièrement vrai dans le cas d'un bail commercial à tel point que consentir un tel bail n'est pas considéré comme un acte d'administration (1re Civ., 17 mai 1993, pourvoi nº 91-20.112, *Bull.* 1993, I, nº 172), que la loi ne reconnaît pas à l'usufruitier le pouvoir de le faire seul et que cette règle s'étend même au renouvellement du bail (3e Civ., 24 mars 1999, pourvoi nº 97-16.856, *Bull.* 1999, III, nº 78).

L'originalité de ce bail, par rapport aux autres baux tient, notamment, à ce que, non seulement il procure au preneur un droit patrimonial à travers le droit au bail qui a, en lui-même, une valeur économique, mais, aussi, qu'il fait entrer dans le patrimoine du preneur un droit de créance très spécifique sur le bailleur dans le but de protéger le fonds de commerce.

En effet, parce qu'il est essentiel au commerçant qui n'est pas propriétaire des murs dans lesquels il exploite son activité, en particulier pour conserver sa clientèle, le législateur a, dès la loi du 30 juin 1926 sur le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage industriel ou commercial, voulu protéger cet élément incorporel qui fait partie du fonds de commerce. Depuis le décret nº 53-960 du 30 septembre 1953 réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal, cette protection est organisée par ce qui est communément appelé le statut des baux commerciaux, désormais codifié aux articles L. 145-1 à L. 145-60 et R. 145-1 et suivants du code de commerce, qui reconnaît au preneur, qu'il soit commerçant, industriel ou artisan, s'il remplit les conditions pour en bénéficier, au premier rang desquelles l'exploitation dans les lieux d'un fonds selon la destination prévue au bail, des prérogatives importantes tenant, principalement, à la durée minimale du bail, au droit de le céder avec le fonds, à la révision et au plafonnement du loyer, au droit au renouvellement du bail et, à son corollaire, le droit à indemnité d'éviction en cas de refus de renouvellement non justifié par un motif grave et

légitime, ces dispositions étant d'ordre public en application de l'article L. 145-15 du code de commerce.

C'est cet ensemble de droits découlant du statut ou, dans une acception plus étroite, qui est celle retenue actuellement, le droit au renouvellement assorti du droit à une indemnité d'éviction, qui est communément désigné sous le vocable de « propriété commerciale » du preneur. Il ne s'agit pas d'un terme juridique, d'où son contour évolutif, et la Cour de cassation ne l'emploie généralement qu'entre guillemets.

Cette « propriété » a pour effet de donner au preneur l'assurance de pouvoir exploiter durablement son fonds sans craindre d'en perdre sa substance par la seule volonté du bailleur puisque ce dernier, s'il veut exercer le droit qui lui est reconnu de refuser le renouvellement du bail doit, en l'absence de manquements du preneur, l'indemniser de la perte qu'il subit à travers une indemnité d'éviction. Dans la confrontation entre les droits et intérêts en présence, « le droit de propriété immobilière cède ainsi devant le droit de l'exploitant » (L. Vogel, « Du droit commercial au droit économique », mars 2016, *LGDJ*). Néanmoins, il a été jugé que les dispositions relatives au droit au renouvellement n'étaient pas contraires à l'article 1er du protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en ce qu'elles réalisaient un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de la sauvegarde de la propriété du bailleur (3e Civ., 27 février 1991, pourvoi n° 89-18.729, *Bull.* 1991, III, n° 67 ; CEDH, arrêt du 5 septembre 2000, SCI Carnot-Victor Hugo c. France, n° 39994/98).

Comme toute propriété, elle peut être transmise : selon la jurisprudence, les droits du preneur se transmettant au cessionnaire du bail, à condition que la cession du bail soit régulière, le cessionnaire a un droit personnel au renouvellement du bail ou à une indemnité d'éviction (Com., 16 février 1959, *Bull.* 1959, III, n° 82) et devient, sauf clause contraire, cessionnaire de l'indemnité d'éviction même lorsque la cession a lieu après la délivrance d'un congé sans offre de renouvellement du bail et donc même après l'expiration du bail, lorsque le preneur est maintenu dans les lieux dans l'attente de la fixation et du versement de l'indemnité en application de l'article L. 145-28 du code de commerce (3e Civ., 6 avril 2005, pourvoi n° 01-12.719, *Bull.* 2005, III, n° 84 ; 3e Civ., 17 février 2010, pourvoi n° 08-19.357, *Bull.* 2010, III, n° 44).

C'est parce qu'il est cessible en même temps que le fonds, sans que le bailleur ne puisse s'y opposer en vertu de l'article L. 145-16 du code de commerce (3e Civ., 11 mai 1982, pourvoi n° 81-10.825, *Bull.* 1982, III, n° 117), qu'il peut même, avec l'accord du bailleur, être cédé seul, c'est-à-dire sans clientèle ou faire l'objet d'un apport à une société, et peut, d'ailleurs, être acquis par le bailleur (3e Civ, 13 octobre 2004, pourvoi n° 03-12.035, *Bull.* 2004, III, n° 170), ce qui va entraîner sa disparition par confusion, que le droit au bail a une valeur. Cette valeur, qui résulte de l'avantage que donne le bail dans la durée grâce au droit au renouvellement qui bénéficiera au cessionnaire et à la « propriété commerciale » qui lui est ainsi transmise, repose notamment sur la différence entre la valeur locative de marché et le loyer encadré par le statut des baux commerciaux, ajoutée aux contreparties tirées des clauses du bail plus ou moins avantageuses et à l'intérêt que présente l'emplacement (voir « La charte de l'expertise en évaluation immobilière », 5e édition, mars 2017). Le loyer de renouvellement, lorsqu'il est fixé par le juge selon la règle du plafonnement, peut être très inférieur au loyer de marché. De ce fait, la valeur du droit

au bail sera d’autant plus élevée que l’écart entre le loyer plafonné et la valeur locative, et, *a fortiori* le loyer de marché, sera important.

En outre, le droit au bail ne se trouve pas seulement valorisé lorsqu’il est cédé ; il l’est également lorsqu’il y est mis fin à l’expiration du bail, par le refus de renouvellement du bailleur sans motif grave et légitime, à travers l’indemnité d’éviction que ce dernier devra payer au preneur sortant, ce qui en fait un élément patrimonial sur lequel le preneur a un véritable droit de propriété, dont le bailleur ne peut le priver sans contrepartie.

Mais l’indemnité d’éviction ne se limite pas à l’indemnisation de la perte du droit au bail et c’est là que se traduit, de façon la plus originale, le concept de propriété commerciale et que va se révéler sa valeur économique. Prévue à l’article L. 145-14 du code de commerce, cette indemnité est destinée à compenser le préjudice que cause au preneur la perte du bail et, par suite, variera selon que le non-renouvellement entraînera ou non la perte du fonds de commerce. Lorsque le fonds est transférable, c’est-à-dire lorsque le preneur a la possibilité de se réinstaller sans perte substantielle de clientèle, l’indemnité d’éviction principale sera fixée à la valeur du droit au bail, déterminée selon la méthode laissée au choix des juges du fond (3e Civ., 15 octobre 2008, pourvoi nº 07-17.727, *Bull.* 2008, III, nº 151), le préjudice subi résultant alors de ce que le preneur va devoir trouver un nouveau local au prix du marché. Là encore, plus le loyer payé par le preneur sortant sera faible, plus la valeur du droit au bail sera élevée, et donc, plus l’indemnité d’éviction que devra payer le bailleur au preneur sortant pour reprendre son bien sera forte. Lorsque le fonds de commerce n’est pas transférable, l’indemnisation principale, dite de remplacement, portera sur la perte du fonds de commerce telle que les usages de la profession en déterminent la valeur. Lorsque le fonds est peu rentable ou déficitaire et que la valeur du droit au bail est supérieure à la valeur marchande du fonds de commerce, le preneur sortant sera indemnisé de la perte de son droit sur les locaux sur la base du droit au bail (Com., 15 décembre 1964, *Bull.* 1964, III, nº 555 ; 3e Civ., 20 mai 1980, pourvoi nº 78-16.116, *Bull.* 1980, III, nº 192). En revanche, lorsque l’activité est bénéficiaire, le propriétaire des locaux devra payer une somme destinée à permettre au preneur évincé d’acquérir un fonds équivalent et dont il n’aura pas nécessairement, en donnant congé, mesuré l’importance, raison pour laquelle l’article L. 145-58 du code de commerce lui réserve le droit de rétracter son refus de renouvellement par l’exercice d’un droit de repentir.

L’indemnité d’éviction a donc un double effet : elle peut, par son montant, être de nature à dissuader le bailleur de reprendre son bien, confortant ainsi le droit du preneur dans les lieux et évite non seulement que le bailleur s’enrichisse au détriment du preneur en s’appropriant sans contrepartie sa clientèle qui est l’élément essentiel du fonds de commerce, mais permet également au preneur d’assurer la poursuite de son activité professionnelle même après la rupture du contrat de bail.

Par les mécanismes en jeu, la « propriété commerciale » est le vecteur d’un transfert de valeur patrimoniale du propriétaire du bien vers le preneur : corrélativement à la diminution de la valeur vénale de l’immeuble découlant de ce que le bail le grève durablement avec des loyers dont l’évolution est limitée et de l’obligation pesant sur les propriétaires successifs de payer une indemnité d’occupation pour pouvoir en récupérer l’usage, le preneur bénéficie d’un droit au bail valorisé et percevra une indemnité en cas d’éviction. Les parties peuvent, néanmoins, prévoir le versement par le preneur, lors de la conclusion du bail, d’un pas-de-porte ou droit d’entrée qui peut s’analyser comme un supplément de loyer destiné à compenser la différence entre le loyer demandé et le loyer du marché ou

bien comme une indemnité destinée à compenser la dépréciation apportée au bien par le bail, selon la volonté des parties.

Dans la ligne de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a admis que ce droit à la « propriété commerciale » avait la qualité de bien au sens des dispositions de l'article 1er du protocole additionnel nº 1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et devait être protégée à ce titre (3e Civ., 18 mai 2005, pourvoi nº 04-11.349, *Bull.* 2005, III, nº 109 ; 3e Civ., 4 février 2009, pourvoi nº 08-11.433, *Bull.* 2009, III, nº 31 ; 3e Civ., 9 novembre 2011, pourvoi nº 10-30.291, *Bull.* 2011, III, nº 194). Cette assimilation ne surprend pas dans la mesure où, non seulement, les droits qui composent la « propriété commerciale » peuvent être cédés à travers le droit au bail et sont valorisés selon les avantages qu'elle procure, mais où elle a, en elle-même, une valeur économique.

La « propriété commerciale », que le preneur peut revendiquer dès la signature du bail commercial, apparaît ainsi présenter certains des attributs d'une propriété que sont l'*usus*, l'*abusus* et le *fructus*. Pour autant, elle n'est pas une propriété comme celle du bailleur, c'est-à-dire une propriété sur la chose louée, ni même un démembrement de celle-ci, puisque le bailleur en conserve la maîtrise, par exemple lorsqu'il s'agit d'entreprendre des travaux dans les lieux ou d'en déterminer l'usage sauf cas de déspécialisation ; qu'il continue à en percevoir les fruits, peut la céder et, surtout, a toujours le droit de refuser le renouvellement du bail venu à expiration (3e Civ., 25 novembre 2009, pourvoi nº 08-21.029, *Bull.* 2009, III, nº 263) même si cela doit l'obliger à payer une indemnité d'éviction. Si elle peut se rapprocher, par certains aspects, d'une propriété « utile », celle qui permet à son titulaire d'avoir durablement l'usage du bien loué et même, plus encore, après la perte du bail, d'un bien lui procurant des avantages équivalents, d'être opposable à l'acquéreur de l'immeuble, de tirer profit d'une partie des fruits lorsque le loyer est inférieur à la valeur de marché ou lorsque la sous-location est autorisée par le bailleur ou, encore, à travers la mise en location-gérance de son fonds de commerce, elle ne recouvre, en réalité, que des droits de créance du preneur sur le bailleur relativement aux obligations mises à sa charge par le statut. Néanmoins, et tout en ne dérivant que d'un simple droit personnel, elle va bien au-delà du droit de jouissance temporaire des locaux pris à bail en intégrant dans le patrimoine de son titulaire un bien incorporel protéiforme, particulièrement complexe, dont l'existence reste, toutefois, subordonnée à l'exploitation du fonds dans les locaux pris à bail et aux respects des obligations contractuelles.

§ II. L'évolution vers l'entreprise agricole ?

À l'inverse du preneur à bail commercial, exception faite du cas, très particulier et peu utilisé, du bail cessible relevant des articles L. 418-1 à L. 418-5 du code rural et de la pêche maritime, l'exploitant agricole, bénéficiaire d'une mise à disposition d'immeubles appartenant à des tiers, ne peut revendiquer une « propriété rurale » au travers d'un droit au bail.

Toutefois, des universitaires et praticiens, auteurs d'un ouvrage collectif consacré au droit rural, observent que, depuis le milieu du XXe siècle, les juristes se demandent, de façon récurrente, s'il n'est pas nécessaire de doter l'entreprise agricole d'un statut juridique. L'absence de valeur patrimoniale du droit au bail qui découle du principe

d'incessibilité et de l'absence de valorisation du titre locatif, exprimée par l'article L. 411-74 du code rural et de la pêche maritime, fait obstacle à la reconnaissance d'une propriété culturale. Mais des tempéraments apparaissent au fil d'évolutions législatives, d'actes volontaires et de décisions jurisprudentielles. Dans le premier cas, il s'agit de l'instauration de l'attribution préférentielle de l'exploitation (article 831 et s. du code civil). Le législateur reconstitue l'entreprise comme une universalité juridique, universalité de fait et non de droit autour du concept d'unité économique. Dans le second, il s'agit de l'affectation de biens soit à un fonds agricole, option ouverte par l'article L. 311-3 du code rural et de la pêche maritime, soit à un patrimoine d'affectation (statut d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée) ou du recours au contrat de société. Dans le troisième, c'est l'admission d'un ensemble d'actifs soumis à un régime homogène, notamment en droit patrimonial (successions et régimes matrimoniaux) lorsqu'est recherchée une solution évitant l'éparpillement de l'entreprise après divorce ou décès (H. Bosse-Platière, F. Collard, B. Grimonprez, T. Tauran et B. Travely, *Droit rural*, *Lexisnexis*, 2013, p. 36, n° 44 et s.).

C'est dans le contexte d'une attribution préférentielle que la reconnaissance de l'exploitation agricole en tant qu'universalité susceptible d'exprimer une valeur a été récemment examinée. La cohéritière de parents agriculteurs qui avaient constitué un patrimoine complexe, candidate à l'attribution préférentielle et débitrice potentielle d'une soulte, faisait grief à un arrêt de rejeter sa demande tendant à voir juger que l'exploitation ne pouvait constituer un bien à porter à l'actif de la masse successorale et de retenir que cette exploitation devait être évaluée à une certaine somme, indépendamment de la valeur du foncier déjà prise en compte séparément dans l'actif successoral. Elle rappelait le principe que le droit au bail est strictement personnel au preneur, incessible et dépourvu de toute valeur patrimoniale, et ajoutait qu'à ce titre ni le bail ni les revenus de l'exploitation, depuis le décès du preneur, n'accroissent à la masse indivise. Aussi, en jugeant qu'une exploitation agricole valait par sa capacité à engendrer un revenu, des valeurs et des droits produits par les parcelles exploitées, dont certaines étaient prises à bail, la cour d'appel aurait violé les articles L. 411-34 et L. 411-74 du code rural et de la pêche maritime. Elle aurait aussi méconnu l'article L. 311-3 du code rural et de la pêche maritime régissant la création d'un fonds agricole sur déclaration de l'exploitant. En l'absence de constitution d'un tel fonds, une exploitation agricole ne saurait constituer un bien susceptible d'une évaluation spécifique.

Cette thèse n'a pas été retenue par la troisième chambre civile de la Cour de cassation qui a rejeté le pourvoi en précisant que les juges du fond avaient été attentifs, à juste titre, à l'absence de valorisation des baux dans l'identification de l'exploitation, entité économique :

« … ayant retenu, à bon droit, qu'un bail rural n'a pas, en lui-même, de valeur patrimoniale et constaté que Mme C… avait inclus les superficies de l'exploitation de V… dans ses déclarations en vue de l'octroi de primes à l'élevage de vaches allaitantes et de droits à paiement unique sur le compte de l'EARL L B et que, selon les justificatifs produits, cette exploitation engendrait des valeurs identifiables, de nature à en faire une entité économique frugifère, sans comptabiliser les baux conclus pour une partie des parcelles, la cour d'appel, par une décision motivée, a pu en déduire qu'elle devait être évaluée indépendamment de la valeur du foncier et portée à l'actif successoral… » (3e Civ., 3 novembre 2016, pourvoi n° 15-20.366, *Bull.* 2016, III, n° 146).

Un commentateur a fait connaître les réserves que lui inspirait cette consécration attendue par les « hérauts de l'exploitation » d'une vision réaliste de celle-ci, conforme aux faits économiques (S. Crevel, « L'exploitation, valeur de valeurs », *RD rur*. 2017, comm. 2). L'exploitation dotée d'une fonction-support qui lui donnerait une valeur deviendrait le socle de droits et biens corporels ou incorporels. Mais, si l'exploitant décidait de céder ces composantes à différents acquéreurs et non au même, il serait en peine de trouver, au fond du creuset, une quelconque valeur résiduelle. En outre, un arrêt ayant pour objet la qualification de stocks d'eau-de-vie, produits de l'industrie personnelle de l'époux viticulteur, en vue de la liquidation d'un régime matrimonial communautaire, aurait écarté la thèse de l'exploitation-universalité (1re Civ., 19 décembre 2012, pourvoi no 11-25.264, *RD rur*. 2013, comm. 93, R. Le Guidec, Defrénois 2013, no 6, p. 307, V. Barabé-Bouchard ; W. Dross, « La difficile émergence de l'exploitation agricole comme universalité de fait » : *RTD civ*. 2013, p. 404).

Néanmoins, la reconnaissance de l'entreprise agricole en tant que bien n'est pas inconnue du droit positif comme le montrent les dispositions régissant la transmission successorale. Selon l'article 831 du code civil (auquel renvoie l'article 1476 du même code relatif au partage de la communauté), le conjoint survivant ou tout héritier copropriétaire peut demander l'attribution préférentielle par voie de partage, à charge de soulte s'il y a lieu, de toute entreprise, ou partie d'entreprise agricole, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ou quote-part indivise d'une telle entreprise, même formée pour une part de biens dont il était déjà propriétaire ou copropriétaire avant le décès, à l'exploitation de laquelle il participe ou a participé effectivement. Où l'on voit que l'objet de l'attribution doit constituer une entreprise agricole, entité économique à laquelle la loi donne une consistance patrimoniale sans qu'elle dispose de la personnalité juridique.

Dans la confrontation au statut du fermage, l'arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 16 septembre 2009 (3e Civ., 16 septembre 2009, pourvoi no 08-18.868, *Bull.* 2009, III, no 192) évoque, également dans la démarche de révélation par le juge d'une exploitation agricole (hors l'hypothèse d'un fonds agricole expressément déclaré et immatriculé par son créateur), une transposition de la jurisprudence ayant admis, en 2000, l'existence d'un fonds libéral (1re Civ., 7 novembre 2000, pourvoi no 98-13.432, *Bull.* 2000, I, no 277 ; *JCP* éd. G 2001, I, 301, no 16, obs. J. Rochfeld). Les exploitants d'un élevage d'oies et de canards exerçant une activité de production, fabrication, transformation et vente de foie gras avaient, à l'occasion de leur cessation d'activité, donné à bail leur exploitation et, par des actes séparés du même jour, cédé des éléments mobiliers de l'exploitation, ainsi que le droit de présentation de la clientèle et la marque et s'étaient engagés à ne pas faire de concurrence aux preneurs entrants. L'arrêt accueillant la demande de ceux-ci en répétition des sommes versées est cassé : « le droit de présentation d'une clientèle professionnelle autre que commerciale et une clause de non-concurrence sont des droits cessibles et une marque est un bien incorporel qui a une valeur patrimoniale ».

Cette solution repose sur l'exclusion des éléments incorporels affectés à l'exploitation, à condition qu'ils soient identifiables et avérés, du champ couvert par l'article L. 411-74 du code rural sanctionnant le versement de « pas-de-porte » rémunérant le transfert du « droit au bail ». Elle est à rapprocher d'un défaut de recherche reproché aux juges du fond dans une autre hypothèse de transfert d'éléments incorporels (3e Civ., 6 octobre 2016, pourvoi no 11-21.700, *Bull.* 2016, III, no 126 : « l'arrêt retient que les méthodes de culture,

procédés et savoir-faire, à supposer qu'ils soient propres au cédant et que leur connaissance ne soit pas directement accessible au public, ne pouvaient constituer des éléments cessibles de l'exploitation agricole ; […] en statuant ainsi, sans rechercher en quoi les méthodes de culture ou savoir-faire ne pouvaient constituer des éléments cessibles de l'exploitation agricole lors d'un changement d'exploitant, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »).

Concevoir l'entreprise dans l'univers singulier des activités agricoles n'est pas une idée si nouvelle. Dans son commentaire de la loi n° 2006-11 du 5 janvier 2006 d'orientation agricole, elle-même inscrite dans la perspective que le droit conçoive un outil, l'entreprise agricole, adapté au monde économique dans lequel évolue l'agriculture, M. Bosse-Platière relève que la jurisprudence a parfois suppléé aux carences légales, en admettant que l'exploitation agricole constitue une universalité de fait, c'est-à-dire un ensemble d'actifs soumis à un régime homogène (« De l'exploitation à l'entreprise agricole : regards sur la loi d'orientation agricole du 5 janvier 2006 », *RD rur*. 2007, étude 17). Il constate que, sur le terrain des régimes matrimoniaux, la Cour de cassation a énoncé, sur le fondement de la théorie de l'accessoire (article 1406 du code civil), qu'« est propre un corps de ferme acquis au cours du mariage, lorsqu'il constitue l'accessoire d'une exploitation agricole » (1re Civ., 21 juillet 1980, pourvoi n° 79-12.535, *Bull.* 1980, I, n° 227 ; *Gaz. Pal*. 1981, 2, jurispr. p. 450, note D. de la Marnierre ; Defrénois 1980, art. 32503, p. 1551, note G. Champenois ; dans le même sens, pour du matériel agricole affecté à une exploitation agricole, même acquis au moyen de deniers communs, 1re Civ., 4 janvier 1995, pourvoi n° 92-20.013, *Bull.* 1995, I, n° 4). Il ajoute que, dans un arrêt du 17 décembre 1996, la Cour de cassation a donné une définition de l'exploitation agricole en estimant qu'étaient « communs les biens constituant une exploitation viticole comportant des terres, du matériel, des locaux, une marque et une clientèle créés pendant la communauté et distincte de celle qu'avait le mari avant le mariage qui ne s'adressait pas à la même clientèle » (voir1re Civ., 17 décembre 1996, pourvoi n° 94-21.989, *Bull.* 1996, I, n° 452 ; *D.* 1997, jurispr. p. 547, note R. Le Guidec ; *Dr. fam*. 1997, comm. 75, obs. B. Beignier ; *JCP* éd. G 1997, I, 4047, n° 15, obs. P. Simler ; *JCP* éd. N 1998, p. 811, obs. R. Le Guidec ; *RTD civ*. 1998, p. 451, obs. B. Vareille ; *ibid*., p. 943, obs. F. Zénati). C'est admettre, selon un autre auteur (voir R. Le Guidec, préc., p. 549), que l'exploitation, à l'image du fonds de commerce, constitue « un assemblage de moyens matériels et juridiques réunis pour l'exercice d'une activité agricole originale et donnant lieu à la constitution d'une clientèle ».

Chapitre 2. L'appropriation du vivant

L'appropriation du vivant, humain, mais également animal, soulève de délicates questions de frontières et bouscule la rigidité proclamée de la *summa divisio* des personnes et des choses.

On reviendra plus avant sur les questions soulevées par le corps humain, ses éléments et produits, en tant que laissés, non sans nuances, dans la sphère de la non-patrimonialité (*cf. infra* chapitre 4 « Reste-t-il un domaine pour l'inappropriable ? »). On se concentrera davantage, en premier lieu, sur le sort de certains éléments de personnalité se trouvant sous la pression de valorisations et monétisations alléchantes qui mettent en question le prin-

cipe traditionnellement énoncé d'une indisponibilité et d'un rejet de la sphère de « l'avoir ». L'image des personnes, particulièrement, a pu donner lieu à cession (ou plus exactement à une articulation délicate d'un principe d'indisponibilité des droits de la personnalité avec l'exercice par autrui de l'exercice de l'un de ces droits). De nouveaux éléments à forte potentialité économique, à savoir les données personnelles dont les traitements se trouvent au soutien de modèles d'affaires fondés sur le profilage des personnes et le ciblage publicitaire, prennent place dans les discussions. Elles apparaissent dans la jurisprudence de la Cour de cassation, quand bien même sont-elles davantage saisies traditionnellement par le Conseil d'État, juridiction de recours des décisions de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, ballottées entre une analyse personnaliste et une analyse réaliste [124], elles sont en réalité enserrées dans un régime spécial qui ne les réduit nullement au statut de biens, régime posé par le règlement général européen de protection des données du 27 avril 2016 et la loi « Informatique et Libertés » (section 1).

Quant à l'animal, il se trouve actuellement au cœur de rediscussions des relations de l'humain à son environnement et, plus profondément, de remise en question de la représentation cartésienne d'une nature « passive » et subordonnée, dont l'humain serait le maître et le possesseur. Ces débats sont évidemment propres à rejaillir sur la notion de personne : doit-on laisser l'animal dans la catégorie des biens, quitte à en intensifier la protection, selon des statuts variables en fonction des situations concrètes (animal de compagnie, de ferme, sauvage…) [125] ? Devrait-on lui reconnaître une personnalité abstraite, technique, point d'imputation de droit et d'obligations [126] ? Ou, dans une conception concrète, saisir ses caractéristiques propres de « sentience », sa capacité à ressentir de la douleur (ou du plaisir) [127] ? Les évolutions introduites par la loi du 16 février 2015 au sein de l'article 515-14 du code civil accroissent, certes, la considération de sa singularité, par sa reconnaissance générale en tant qu'« être *vivant doué de sensibilité* ». Elles l'éloignent d'un statut de bien ordinaire, support d'une propriété classique. Mais elle le laisse néanmoins dans celui de bien spécial : les animaux demeurent sous le « *régime des biens* » (éventuellement régis par des dispositions spéciales), passibles des catégorisations traditionnelles en meubles ou immeubles par destination. Conformément à la loi, on ne lira donc pas de reconnaissance de nouveaux sujets dans la jurisprudence de la Cour de cassation (section 2). Pour autant, outre la protection pénale contre des actes de cruauté, des mauvais traitements ou des sévices, on y détectera l'accroissement de la considération d'un lien d'affection avec leur propriétaire quand cette affection existe, notamment pour

---

124. N. Ochoa, « Pour en finir avec l'idée d'un droit de propriété sur ses données personnelles : ce que cache véritablement le principe de libre disposition », *RFDA* 2015 p. 1157 ; J. Rochfeld, « Contre l'hypothèse de la qualification des données personnelles comme des biens », *in* A. Chaigneau et E. Netter (Dir.), « Les biens numériques », CEPRISCA, 2015, p. 221.

125. R. Libchaber, « La souffrance et les droits. À propos du statut de l'animal », *D.* 2014, chr., p. 380.

126. J. P. Marguénaud, « L'animal en droit privé », préf. C. Lombois, PUF, 1992 ; « La personnalité juridique des animaux », *D.* 1998, chr., p. 205.

127. G. L. Francione, « Introduction aux droits des animaux », trad. L. Gall, Lausanne, L'Âge d'Homme, 2015. Plus largement, F. Burgat, « Une autre existence. La condition animale », A. Michel, 2012. Pour une protection absolue, *cf.* P.-J. Delage, « La condition animale », spéc. n° 210 et s. ; plus nuancée, S. Desmoulin-Canselier, « L'animal entre science et droit », préf. C. Labrusse-Riou, PUAH, 2006, et « Quel droit pour les animaux ? », *Pouvoirs* n° 131, nov. 2009, p. 43.

les animaux domestiques (ce lien avait déjà été considéré dans le passé [128]). Comme pour beaucoup des extensions de fragments de personnalité (à l'instar des enfants sans vie par exemple), le droit français procède ainsi par la reconnaissance indirecte de bribes de « personnes compassionnelles » [129] : mû par la préoccupation de respecter les sentiments des personnes humaines – d'affection, de douleur ou de deuil –, il ne consacre pas l'existence d'une personne juridique avec l'ensemble des droits qui s'y attachent, mais certains éléments de personnalité propres à ménager cette sensibilité humaine, ou encore considère dans ses appréciations le sentiment en question. Le débat n'est néanmoins pas tari quant à une reconnaissance directe et pour lui-même de la personnalité de l'animal. Il s'inscrit dans un ensemble plus vaste de rediscussions du statut de la nature [130] : l'Inde a ainsi reconnu la qualité de « personnes non humaines » aux dauphins afin d'interdire les delphinariums de loisirs [131] ; l'Équateur et la Bolivie reconnaissent une personnalité à la Terre-mère [132] ; la Nouvelle-Zélande a doté le fleuve Whanganui de la personnalité par une loi du 14 mars 2017 ; la Colombie a consacré l'Amazonie comme un sujet [133]. Il est vrai que, dans ces exemples, le droit recueille la cosmologie particulière de communautés autochtones ou l'influence d'animismes religieux [134].

Section 1. L'appropriation des éléments de la personnalité en question

Les éléments « classiques » de la personnalité, et notamment l'image, ont connu une patrimonialisation accrue (§ I). La question se pose dans des termes inédits pour les éléments de valeur, plus contemporains encore, que composent les données personnelles (§ II).

§ I. Les interrogations relatives au statut des éléments « classiques » de la personnalité : le droit à l'image

Faisant œuvre créatrice, la Cour de cassation a consacré, au visa de l'article 9 du code civil, le droit pour chacun « *de s'opposer* à *la reproduction de son image* » (1re Civ., 13 janvier 1998, pourvoi nº 95-13.694, *Bull.* 1998, I, nº 14 ; 1re Civ., 16 juillet 1998,

---

128. Cass. 1re Civ., 16 janvier 1962, *Bull.* 1962, I, nº 33.
129. Selon l'expression de X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public : recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, 2003, nº 421, p. 223.
130. M.-A. Hermitte, « La nature, sujet de droit ? », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, vol. 66, 2011/1 ; F. Flipo, « Pour des droits de la nature », *Mouvements* nº 70, été 2012, p. 130.
131. Min. de l'environnement et des fôrets, circ. mai 2013.
132. Chapitre 7 de la Constitution équatorienne (*Derechos de la naturaleza*) ; loi bolivienne « sur les droits de la Terre mère » du 21 décembre 2010.
133. Cour suprême de justice de Colombie, 5 avril 2018 pour l'Amazonie, disponible à l'adresse suivante : https : //www.actu-environnement.com/media/pdf/news-31077-decision-colombie-amazonie-dejusticia.pdf.
134. M.-A. Hermitte, « Artificialisation de la nature et droit (s) du vivant », *in* Ph. Descola, *Les natures en question,* Paris, Odile Jacob, 2018, p. 257 et s.
Inversement, la qualité d'auteur n'a pas été retenue à un singe qui avait pris une photographie, *cf.* Ninth Circuit Court of Appeals, le 23 avril 2018, « Naruto vs Slater » *CCE* juin 2018, veille nº 49, ce que d'aucuns ont contesté, proposant de reconnaître un « intéressement en nature » visant au bien-être de l'individu ou de son espèce, *cf.* A. Zollinger, *Le Monde*, 17 février 2016.

pourvoi nº 96-15.610, *Bull.* 1998, I, nº 259). Il en résulte que l'image d'une personne ne peut être fixée, diffusée ou exploitée sans son consentement (voir, par exemple : 1re Civ., 12 juin 1990, pourvoi nº 89-11.485, *Bull.* 1990, I, nº 164 ; 2e Civ., 30 juin 2004, pourvoi nº 02-19.599, *Bull.* 2004, II, nº 340 ; 1re Civ., 9 juillet 2009, pourvoi nº 07-19.758, *Bull.* 2009, I, nº 175) et que la seule constatation de l'atteinte qui lui est portée ouvre droit à réparation (1re Civ., 12 décembre 2000, pourvoi nº 98-17.521, *Bull.* 2000, I, nº 321 ; 1re Civ., 5 juillet 2006, pourvoi nº 05-14.738, *Bull.* 2006, I, nº 362). Dans le prolongement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il est cependant admis que la liberté de la presse et le droit à l'information du public autorisent la diffusion de l'image de personnes impliquées dans un événement d'actualité ou illustrant avec pertinence un débat d'intérêt général, sous réserve du respect de la dignité de la personne humaine (voir, notamment, en ce sens : 1re Civ., 20 février 2001, pourvoi nº 98-23.471, *Bull.* 2001, I, nº 42 ; 1re Civ., 21 février 2006, pourvoi nº 03-19.994, *Bull.* 2006, I, nº 97 ; 1re Civ., 16 mai 2006, pourvoi nº 04-10.359, *Bull.* 2006, I, nº 247 ; 1re Civ., 15 janvier 2015, pourvoi nº 13-25.634, *Bull.* 2015, I, nº 12 ; 1re Civ., 29 mars 2017, pourvoi nº 15-28.813, *Bull.* 2017, I, nº 76).

Bien que distinct du droit au respect de la vie privée (1re Civ., 10 mai 2005, pourvoi nº 02-14.730, *Bull.* 2005, I, nº 206), le droit au respect de l'image – ou droit à l'image – trouve également son fondement dans l'article 9 du code civil et appartient donc à la catégorie des droits de la personnalité. Destinés à « la protection de la personne dans ce qui constitue son individualité et qui la rend irréductible à toute autre personne » (A. Lepage, *Répertoire de droit civil Dalloz*, Vº Personnalité (droit de la), nº 17), ces droits sont inaliénables et exclusivement attachés à la personne, ce qui les distinguent fondamentalement du droit de propriété.

Mais, en pratique, le droit à l'image ne se cantonne pas au droit, pour chacun, de s'opposer à la reproduction et à l'utilisation de son image ; il recouvre également le droit de consentir, par voie contractuelle, à son exploitation commerciale et d'en tirer économiquement profit.

C'est pourquoi une partie de la doctrine milite pour la reconnaissance d'un droit patrimonial à l'image, soutenant, notamment, « qu'il est hypocrite et paradoxal de s'appuyer sur un droit de nature extra-patrimoniale pour organiser l'exploitation commerciale de l'image dans une opération qui constitue, substantiellement, une opération d'ordre patrimonial » (G. Loiseau, « Le droit patrimonial à l'image en attente », *JCP* 2009, éd. G, II, 10025). À l'instar du droit de propriété incorporelle reconnu à l'auteur d'une œuvre de l'esprit, qui, selon l'article L. 111-1 du code de la propriété intellectuelle, comporte des attributs d'ordre moral et des attributs d'ordre patrimonial, le droit à l'image aurait ainsi une double nature : « il est […] un droit de la personnalité, c'est-à-dire un droit extra-patrimonial, en protégeant des intérêts moraux et il est un droit patrimonial en assurant la protection d'intérêts matériels » (P. Kayser, « La protection de la vie privée », Economica et Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2e édition, nº 95). Une telle conception présente une évidente parenté avec la distinction, en droit américain, entre le *right of publicity* et le *right of privacy*.

Si cette thèse a pu recevoir un écho favorable dans certaines décisions des juridictions du fond, la Cour de cassation s'est, quant à elle, toujours refusée à considérer le droit à l'image comme un droit de nature patrimoniale. Explicitant les principes déjà à l'œuvre dans sa jurisprudence antérieure, elle a solennellement énoncé, dans une affaire relative à

un contrat « de cession de droits à l'image » conclu par un mannequin, que « les dispositions de l'article 9 du code civil, seules applicables en matière de cession de droit à l'image, à l'exclusion notamment du code de la propriété intellectuelle, relèvent de la liberté contractuelle » (1re Civ., 11 décembre 2008, pourvoi nº 07-19.494, *Bull.* 2008, I, nº 282). Elle a, ce faisant, clairement affirmé qu'une cession portant sur le droit à l'image relevait exclusivement du régime des droits de la personnalité ; pour autant, la nature extra-patrimoniale de ce droit ne fait pas obstacle à ce que son titulaire en cède les droits d'exploitation.

Cette décision a été largement commentée et diversement interprétée. Certains auteurs ont dénoncé son ambiguïté : « la cession d'un droit ne pouvant se concevoir – si les mots ont un sens – qu'à propos d'un droit présentant un caractère patrimonial, ce serait pour la Cour de cassation une façon cryptée d'en suggérer l'existence en ce qui concerne le commerce de l'image. […]. À supposer que la première chambre civile ait entendu se glisser, à pas de loup, dans ce sillage, il n'en demeure pas moins embarrassant qu'elle se soit placée sous l'autorité des dispositions de l'article 9 du code civil. Ce texte est en effet dévoyé pour accueillir un droit patrimonial à l'image, au point de rompre avec sa *ratio legis* qui puise dans le respect de la dignité de la personne » (G. Loiseau, *JCP* 2009, éd. G, II, 10025, cité *supra*). D'autres ont considéré que la première chambre civile de la Cour de cassation avait ainsi pris « nettement parti en faveur de la commercialité de principe de l'image de la personne » et que « l'étroite association établie par la décision entre le droit au respect de l'image et la liberté contractuelle signifie que le droit au respect n'est qu'une expression du droit de propriété : la liberté d'engager une chose dans un rapport juridique est la conséquence de son appropriation » (T. Revet, « L'image de la personne est un bien », *RTD civ.* 2009, p. 342). Pour d'autres, au contraire, « aucun droit patrimonial "sur" l'image n'est reconnu » et « le consentement donné par le sujet ne transforme pas sa personnalité en bien » (E. Dreyer, JurisClasseur Communication, Fasc. 40, Image des personnes, nº 106 et nº 108).

C'est cette dernière interprétation qu'il faut privilégier. Le principe de l'indisponibilité des droits de la personnalité et, partant, du droit à l'image ne fait pas, en effet, obstacle à ce que, dans l'exercice de ce droit, son titulaire autorise contractuellement la reproduction et l'exploitation de son image. Autrement dit, s'il ne peut valablement céder son droit à l'image, il peut, en revanche, concéder à autrui l'exercice de ce droit. Ainsi que le relève M. le professeur Jean-Christophe Saint-Pau, l'objet de l'engagement vise alors « conjointement la concession temporaire d'un droit d'utilisation ou de jouissance sur un attribut de la personnalité et la renonciation temporaire au bénéfice de la protection visée par l'article 9 du code civil » (JurisClasseur civil code, art. 9, Fasc. 15, Jouissance des droits civils – Droit au respect de la vie privée – Consentement à une atteinte à la vie privée, nº 29).

Le juge doit, cependant, veiller à ce que l'autorisation consentie par le titulaire du droit à l'image soit circonscrite (voir, notamment, en ce sens, 1re Civ., 20 mars 2007, pourvoi nº 06-10.305, *Bull.* 2007, I, nº 125 ; Avis, 1re Civ., 28 janvier 2010, pourvoi nº 08-70.248, *Bull.* 2010, I, nº 21), la nature extra-patrimoniale de ce droit excluant une renonciation générale et définitive à l'exercer.

Ainsi, comme l'a souligné M. l'avocat général Sudre, dans son avis sur une affaire relative à l'exploitation de l'image d'un chanteur décédé (1re Civ., 4 février 2015, pourvoi

nº 14-11.458), « admettre la réalité de la commercialisation de l'image n'implique pas de renoncer à la protection des droits de la personnalité dont celle-ci relève ».

§ II. Les interrogations relatives au statut des données à caractère personnel

Rendu au double visa de l'article 1128 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle de l'ordonnance nº 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, et de l'article 22 de la loi nº 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, dans sa rédaction antérieure à celle de l'ordonnance nº 2018-1125 du 12 décembre 2018 prise en application de l'article 32 de la loi nº 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles et portant modification de la loi nº 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et diverses dispositions concernant la protection des données à caractère personnel, l'arrêt de la chambre commerciale, financière et économique du 25 juin 2013 (Com., 25 juin 2013, pourvoi nº 12-17.037, *Bull.* 2013, IV, nº 108) affirme fermement « qu'un fichier de clientèle informatisé contenant des données à caractère personnel, qui n'a pas été déclaré auprès de la Commission nationale informatique et libertés, n'est pas dans le commerce, et sa vente a un objet illicite ».

Cette décision a été remarquée compte tenu de sa grande portée pratique et de son incidence sur un secteur économique qui était alors en plein développement.

Les fichiers de clientèle et les données qu'ils contiennent représentent indiscutablement un actif ayant une valeur économique certaine. En effet, de tels fichiers contribuent à la maîtrise du « poste clientèle » et peuvent servir de support à une campagne de marketing. Ils permettent à l'entreprise les possédant, en tout état de cause, d'affiner sa stratégie commerciale en déterminant plus précisément ses cibles commerciales.

Solution inédite et novatrice, cette décision, sans rendre impossible la patrimonialisation des données à caractère personnel contenues dans un fichier clientèle, a entendu l'encadrer, en donnant leur pleine effectivité aux dispositions de la loi nº 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, qui prévoyait pour ce type de données une procédure de déclaration préalable.

La chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation a réaffirmé le caractère impératif des dispositions de la loi du 6 janvier 1978, en érigeant la formalité déclarative auprès de la Commission nationale informatique et libertés (CNIL) en critère de licéité d'un fichier, objet d'une vente.

Ainsi, malgré l'absence de nullité, en cas de non-respect des formalités déclaratives, prévue par la loi du 6 janvier 1978, qui, par ailleurs, édicte des sanctions spécifiques dans ce cas (par exemple, voir l'article L. 226-16 du code pénal, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance nº 2018-1125 du 12 décembre 2018. Observons que l'ordonnance reprend les mêmes sanctions : voir alinéa 1er de l'article L. 226-16 qui dispose que « le fait, y compris par négligence, de procéder ou de faire procéder à des traitements de données à caractère personnel sans qu'aient été respectées les formalités préalables à leur mise en œuvre prévues par la loi est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende. »), la Cour de cassation a entendu marquer sa volonté de protéger la vie privée

des personnes concernées par les fichiers de clientèle puisque la collecte de leurs données personnelles constitue, incontestablement, une intrusion dans leur vie privée.

Ce faisant, la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation a ajouté aux sanctions généralement jugées peu dissuasives de la loi du 6 janvier 1978 une nouvelle sanction, renforçant, selon l'expression d'un auteur, « l'arsenal répressif » et « l'autorité de la commission ».

À cet égard, la chambre commerciale, financière et économique s'écarte du modèle classique du droit de propriété, qu'elle adapte au régime spécial institué par la loi du 6 janvier 1978, qui tend à protéger les droits attachés à la personne.

S'agissant de ces droits, il sera rappelé que l'article 2 de la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, dans sa rédaction modifiée en 2004, définit les données à caractère personnel comme « toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou un ou plusieurs éléments qui lui sont propres ».

Bien qu'admettant l'importance de la décision, certains auteurs (A. Debet, *JCP* 2013, éd. G, nº 37, p. 930) se sont toutefois interrogés sur les fondements choisis par la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, et tout particulièrement sur le visa de l'article 22, susvisé.

Avant la modification législative de l'ordonnance nº 2018-1125 du 12 décembre 2018, précitée, la loi du 6 janvier 1978 prévoyait, pour la mise en œuvre des traitements, notamment relatifs aux fichiers de clientèle, une procédure de déclaration préalable par le responsable du traitement.

Or, au moment où l'arrêt du 25 juin 2013 a été rendu, il était déjà envisagé de supprimer les déclarations préalables, dans la perspective de la révision du cadre communautaire par le futur règlement général de protection des données. En effet, depuis l'entrée en application du règlement général sur la protection des données (RGPD) le 25 mai 2018, la plupart des formalités auprès de la CNIL ont disparu. Seules certaines formalités du secteur de la santé et certaines demandes d'avis perdurent.

En outre et plus généralement, il était admis, de manière quasi unanime, que la procédure de l'article 22 précité apportait une protection assez légère aux personnes concernées par les données contenues dans les fichiers et donc, en définitive, peu protectrice des intérêts en jeu.

C'est la raison pour laquelle une partie de la doctrine a manifesté sa surprise par la force donnée par la chambre commerciale, financière et économique à cet article, le contrôle opéré par la CNIL lors de ces déclarations préalables apparaissant relativement formel.

De surcroît, les fichiers de clientèle devaient faire l'objet d'une déclaration simplifiée, ce qui pouvait se faire très rapidement sur le site de la CNIL.

Cette procédure simplifiée résultait de l'adoption par la commission, lors d'une délibération du 7 juin 2005, de la norme simplifiée nº 48.

Cette délibération, prise à la suite de la modification de la loi du 6 janvier 1978 par la loi nº 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard

des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi nº 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, envisageant la collecte des données par internet ainsi que la prospection par voie électronique, était apparue nécessaire en raison de l'utilisation de plus en plus courante d'internet.

La CNIL avait d'ailleurs, déjà auparavant, adopté plusieurs normes simplifiées relatives à la gestion des clients actuels et potentiels (norme simplifiée nº 11) et à la gestion des fichiers de clientèle des entreprises dont l'objet social inclut la vente par correspondance (norme simplifiée nº 17) ainsi qu'à la gestion des fichiers de destinataires d'une publication périodique de presse (norme simplifiée nº 25).

La norme nº 48 a regroupé en son champ les traitements relevant des trois normes précitées, qui ont été abrogées.

C'est ainsi que la commission n'effectuait généralement pas d'examen approfondi des 70 000 déclarations qui lui parvenaient chaque année et que son contrôle était encore plus faible sur les déclarations simplifiées.

Elle était en outre tenue, lorsque le dossier était complet, de délivrer sans délai un récépissé au responsable du traitement ce qui permettait la mise en œuvre du traitement, sans pouvoir exercer de contrôle sur sa licéité (voir CE, 6 janvier 1997, nº 159129, publié au *Recueil Lebon*).

Par ailleurs, la loi nº 2004-801 du 6 août 2004 précitée avait élargi le domaine des données concernées, de sorte que n'étaient plus visées les informations nominatives mais les données à caractère personnel.

Or, la notion de « données à caractère personnel » est plus large que celle « d'informations nominatives », originellement visée, en ce qu'elle englobe des situations encore plus nombreuses et étend la protection de la loi Informatique et libertés au domaine de la voix et de l'image.

Ainsi, en pratique, sauf à ce que la technologie utilisée interdise toute identification, il en résultait que la notion de « données à caractère personnel » avait vocation à englober presque toute information qui se rapportait, de près comme de loin, à la personne dont les données sont traitées, rares étant les opérations effectuées par les exploitants dans le cadre de leurs activités qui ne portent pas sur des données personnelles.

L'arrêt de la chambre commerciale, financière et économique a été non seulement remarqué par son visa de l'article 22 de la loi nº 78-17 du 6 janvier 1978 précitée mais également par celui de l'article 1128, ancien, du code civil.

En effet, les décisions rendues sur ce fondement sont relativement rares.

Abrogé par l'ordonnance nº 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, mais repris en substance au sein d'autres textes, l'article 1128 du code civil précisait « qu'il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions ».

On a pu dire que l'arrêt consacrait ainsi l'existence d'une nouvelle chose hors du commerce, à savoir une chose qui est en principe dans le commerce, comme un fichier de clients, mais pour laquelle des formalités administratives n'ont pas été réalisées, alors que selon la doctrine (A. Debet, *JCP* 2013, éd. G, nº 37, p. 930) une évolution dans le sens

d'un appauvrissement de la catégorie juridique des choses hors du commerce semblait plutôt se dessiner.

Dès lors, la solution dégagée par l'arrêt a pu sembler aller à contre-courant du mouvement admettant de manière croissante la patrimonialisation de la clientèle.

En tout état de cause, cet arrêt a durci la position de la Cour, en cas de non-respect de formalités préalables, notamment au regard de décisions antérieures.

En effet, adoptant une position plus modérée, la troisième chambre civile de la Cour de cassation (3e Civ., 15 juin 1982, pourvoi nº 81-10.509, *Bull*. 1982, III, nº 155) avait considéré qu'une vente portant sur des immeubles construits sans permis ne pouvait être annulée sur le fondement de l'article 1128 du code civil.

Or, ainsi que l'avait noté une grande partie de la doctrine, l'illicéité qui frappe ces immeubles apparaît plus forte que celle intéressant les fichiers non déclarés, dont la procédure de déclaration préalable apportait, comme souligné ci-dessus, une garantie en réalité assez légère.

La profonde modification de la loi nº 78-17 du 6 janvier 1978 précitée et des règles applicables, apportée par l'ordonnance nº 2018-1125 du 12 décembre 2018 précitée peut susciter des interrogations sur le maintien de la permanence de la solution.

À l'aune de la croissance toujours constante du secteur économique fondée sur l'utilisation de données personnelles, la problématique de l'arrêt de la chambre commerciale, financière et économique demeure pourtant toujours d'actualité.

On peut toutefois se demander si la Cour de cassation adopterait désormais une solution similaire en l'état des nouvelles procédures de loi du 6 janvier 1978, modifiée par l'ordonnance du 12 décembre 2018.

Cette ordonnance, qui a achevé au niveau législatif la mise en conformité du droit national avec le règlement général sur la protection des données (Règlement [UE] 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE [règlement général sur la protection des données]), a en effet supprimé l'article 22 précité, fondement de la censure de l'arrêt du 25 juin 2013.

Alors que la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données reposait en grande partie sur la notion de « formalités préalables » (déclaration, autorisations), le nouveau règlement européen (RGPD) est désormais fondé sur une logique de conformité, dont les acteurs sont responsables, sous le contrôle et avec l'accompagnement du régulateur.

Les responsables des traitements et leurs sous-traitants doivent mettre en place dès l'origine des mesures appropriées de protection des données (mesures techniques et organisationnelles) et veiller à limiter la quantité de données traitées, selon le principe dit de minimisation. Ils doivent également pouvoir démontrer à tout moment la conformité de leur dispositif.

Le nouveau modèle n'est donc plus fondé sur les formalités préalables, qui ont été allégées, mais sur une responsabilisation des responsables de traitement et sur le consentement des personnes intéressées (article 5 de la loi du 6 janvier 1978, modifiée : « Article 5 : Un traitement de données à caractère personnel n'est licite que si, et dans la mesure où, il remplit au moins une des conditions suivantes :

1° Le traitement, lorsqu'il relève du titre II, a reçu le consentement de la personne concernée, dans les conditions mentionnées au 11 de l'article 4 et à l'article 7 du règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 précédemment mentionné ;

2° Le traitement est nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci ;

3° Le traitement est nécessaire au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis ;

4° Le traitement est nécessaire à la sauvegarde des intérêts vitaux de la personne concernée ou d'une autre personne physique ;

5° Le traitement est nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement ;

6° Sauf pour les traitements effectués par les autorités publiques dans l'exécution de leurs missions, le traitement est nécessaire aux fins des intérêts légitimes poursuivis par le responsable du traitement ou par un tiers, à moins que ne prévalent les intérêts ou les libertés et droits fondamentaux de la personne concernée qui exigent une protection des données à caractère personnel, notamment lorsque la personne concernée est un enfant »). C'est la raison pour laquelle ces formalités ont été supprimées dès lors que les traitements ne constituent pas un risque pour la vie privée des personnes.

Tous les organismes qui traitent des données personnelles doivent mettre en place des mesures pour prévenir les violations de données et réagir de manière appropriée en cas d'incident (voir les articles 33 et 34 du RGDP).

C'est ainsi que, depuis la publication de l'ordonnance de 2018 susvisée, entrée en application le 25 mai 2018, les formalités réalisées auprès de la CNIL ont quasiment toutes disparu (déclarations normales ou simplifiées).

Par ailleurs, on peut souligner que le juge judiciaire avait lui aussi trouvé les moyens de sanctionner le non-respect des formalités préalables, en particulier sur le terrain de la preuve, en empêchant par exemple un employeur d'opposer à ses salariés un système de badgeuse non déclaré à la CNIL (Soc., 6 avril 2004, pourvoi n° 01-45.227, *Bull.* 2004, V, n° 103 ; voir aussi, CA Grenoble, 9 mars 2011, n° 09/05200, JurisData n° 2011-032826 qui estime que les enregistrements irrégulièrement recueillis par un système de géolocalisation, non déclaré à la CNIL, ne peuvent être opposés au salarié).

Section 2. L'appropriation de l'animal en question

Parmi les questions épineuses, le statut de l'animal revêt un caractère central. Se prononçant récemment, la loi du 16 février 2015 l'a maintenu dans celui des biens et de la propriété (§ I). Pour autant, l'animal (ou les diverses catégories d'animaux reconnues par le droit) n'en bénéficie pas moins d'une protection pénale contre les mauvais traitements

et les sévices (§ II), tandis que la jurisprudence témoigne d'une considération du lien d'affection qui le relie à son maître (quand ce dernier existe) (§ III).

§ I. Le maintien de la propriété de l'animal

S'inscrivant dans le droit fil d'une législation sans cesse plus protectrice de l'animal, l'article 515-14 du code civil, créé par la loi nº 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, dispose, dans une première phrase, que « les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité », confirmant ainsi, de manière symboliquement forte au regard de son siège, le texte de l'article L. 214-1 du code rural et de la pêche maritime, qui avait, près de vingt ans auparavant, déjà proclamé une telle sensibilité.

Être vivant doué de sensibilité, l'animal n'en demeure pas moins soumis au régime des biens, ainsi qu'il résulte de la seconde phrase de l'article 515-14 du code civil, énonçant que « sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens ».

Le législateur a donc affirmé la singularité de l'animal, tout en rappelant aussitôt sa soumission au régime des biens. Il s'agit là d'une simple soumission, sans assimilation aux biens eux-mêmes, ainsi qu'en témoigne l'insertion de l'article 515-14 du code civil juste avant un titre dédié à la « distinction des biens », quoiqu'il figure également dans un livre intitulé « Des biens et des différentes modifications de la propriété ».

En toute hypothèse, se trouve clairement affirmée l'application du régime juridique des biens à l'animal, ce qui le rend éligible aux attributs classiques de la propriété.

Cette conception traditionnelle irrigue la jurisprudence de la Cour de cassation.

C'est ainsi « qu'un cheval, sous réserve de la protection qui lui est due en tant qu'animal, être vivant doué de sensibilité, est soumis au régime des biens et, comme tel, susceptible d'appropriation dont la preuve peut être rapportée par une possession à titre de propriétaire » (1re Civ., 17 février 2016, pourvoi nº 15-14.121). Une telle décision n'est pas sans rappeler un arrêt plus ancien, dont il résulte que le propriétaire d'un animal de compagnie peut le revendiquer en application du régime ordinaire des biens meubles, le juge ne pouvant, au prix d'une dénaturation de ses écritures, le contraindre à obtenir des dommages-intérêts plutôt que la restitution de l'animal (1re Civ., 8 octobre 1980, *JCP* 1981, II, 19536, concl. Gulphe ; D. 1981, p. 361, note Couret).

Soumis au régime des biens, l'animal peut être prêté, loué, donné ou encore vendu, sa vente étant susceptible, conformément au droit commun des contrats, d'être annulée en cas d'erreur portant sur une qualité substantielle (1re Civ., 5 février 2002, pourvoi nº 00-12.671, *Bull.* 2002, I, nº 38). À noter cependant que si l'acquéreur d'un animal domestique entend invoquer la garantie du vendeur, il lui faudra se conformer, sauf convention contraire (1re Civ., 1er juillet 2015, pourvoi nº 13-25.489, *Bull.* 2015, I, nº 158), aux dispositions spécifiques des articles L. 213-1 et suivants du code rural et de la pêche maritime, le juge devant y veiller, au besoin d'office (1re Civ., 20 février 2019, pourvoi nº 17-28.819), sans préjudice, toutefois, de l'application des textes relatifs à la garantie légale de conformité (1re Civ., 10 juillet 2014, pourvoi nº 13-15.690), à supposer une vente conclue entre un professionnel et un consommateur. Dans cette dernière hypothèse, l'acquéreur d'un chien ou d'un chat pourra se prévaloir de l'inobservation par l'éleveur de

son obligation de délivrer un certificat vétérinaire, telle que prévue à l'article L. 214-8, I, du code rural et de la pêche maritime, et ainsi obtenir des dommages-intérêts en réparation du préjudice subséquent (1re Civ., 5 novembre 2014, pourvoi nº 13-23.071).

L'application du régime des biens explique également que l'animal puisse faire l'objet d'un droit de rétention par la personne chez laquelle il est mis en pension et qui a exposé des frais d'hébergement à ce titre (1re Civ., 21 mars 2006, pourvoi nº 04-11.086).

De même, si l'animal confié à un tiers en vertu d'un contrat de dépôt salarié subit un dommage, le dépositaire est susceptible d'engager sa responsabilité, compte tenu de l'obligation de garde qui lui incombe (1re Civ., 30 octobre 2008, pourvoi nº 07-19.595).

C'est encore parce qu'il est soumis au régime des biens que l'animal peut être l'objet des sûretés prévues aux articles 2323 et suivants du code civil, de même qu'il peut être warranté en matière agricole (1re Civ., 6 février 2019, pourvoi nº 17-21.394), l'article L. 342-1 du code rural et de la pêche maritime indiquant que tout agriculteur peut emprunter sur les produits de son exploitation dont il est propriétaire, y compris les animaux.

La jurisprudence précédemment citée, quoique rendue dans des litiges nés avant l'entrée en vigueur de l'article 515-14 du code civil, ne semble pas devoir être remise en cause par l'évolution induite par ce texte.

En effet, bien qu'ils soient des êtres vivants doués de sensibilité, les animaux sont, sous réserve des lois spéciales qui les régissent, expressément soumis au régime des biens et comme tels susceptibles d'appropriation, quoique les prérogatives qui s'y attachent soient parfois limitées, non pas dans l'intérêt général ou dans celui des personnes évoluant à proximité de l'animal, mais dans l'intérêt de l'objet même du droit de propriété, ce qui constitue une réelle singularité.

Si, pour reprendre l'expression du professeur Libchaber, « l'animal est comme en apesanteur dans le droit français » (*Répertoire de droit civil,* Biens, nº 8) et s'il n'est pas impossible que son statut évolue à l'occasion d'une refonte globale de notre droit des biens, force est de constater que son régime campe encore résolument dans le camp des choses. Son propriétaire continue à jouir des attributs de cette qualité, sous réserve des modulations qu'implique l'appartenance de l'animal au monde des vivants doués de sensibilité, une telle appartenance excluant toute application mécanique du droit patrimonial.

§ II. La poursuite de la protection de l'animal *via* les infractions pénales de mauvais traitement ou de sévices

Le juge pénal assure la protection de l'animal à partir des multiples incriminations présentes dans divers codes, dont il lui appartient de fixer les lignes de partage (A). Cette protection multiforme, initiée dès 1850, a donc été instaurée bien avant que la loi nº 2015-177 du 16 février 2015, relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, ne reconnaisse à l'animal la qualité d'être vivant doué de sensibilité (article 515-14 du code civil) et donc de manière indépendante du statut civil de l'animal. Cette protection, qui constitue une limitation au droit de propriété sur l'animal, se heurte néanmoins elle-même à certaines limites (B).

A. Les distinctions opérées dans le dédale des incriminations

L'article 453 du code pénal, devenu l'article 521-1 du même code et qui trouve sa source dans la loi du 2 juillet 1850 dite *Grammont* sur les mauvais traitements envers les animaux domestiques réprimant les mauvais traitements à animal domestique, sanctionnait à l'origine comme délit les seuls actes de cruauté. La loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, qui avait déjà défini l'animal comme un « être sensible » (article 9), y a ajouté l'incrimination, d'une part, des sévices graves, d'autre part, de l'abandon. Ces infractions concernent l'animal domestique ou apprivoisé ou tenu en captivité.

C'est cette même catégorie d'animal qui est protégée par les contraventions également prévues par le code pénal, qui punissent, d'une part le fait d'occasionner involontairement la mort ou la blessure (article R. 653-1 du code pénal), d'autre part, les mauvais traitements (article R. 654-1 du code pénal) et, enfin, l'atteinte volontaire à la vie (article R. 655-1 du code pénal).

D'autres dispositions pénales concernent les professionnels dont l'activité s'ordonne plus généralement autour des animaux placés sous leur garde, comme l'article L. 215-11 du code rural et de la pêche maritime qui prévoit un délit de mauvais traitements et l'article R. 215-4 du même code qui punit comme contravention le défaut des soins prévus à l'article R. 214-17 (privation de nourriture, de l'abreuvement, de soins, habitat inapproprié, etc.).

Face à cette multitude d'incriminations, la chambre criminelle de la Cour de cassation effectue les distinctions nécessaires à l'application du droit dans le respect du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale de fond.

Certaines de ces distinctions vont de soi, par exemple quant à la qualification du prévenu comme simple particulier ou professionnel.

Mais c'est surtout la jurisprudence bâtie à partir de l'élément intentionnel qui mérite attention.

De manière classique, l'élément intentionnel assure le partage entre délits et contraventions.

Ainsi, le délit de mauvais traitements intentionnels par professionnel de l'article L. 215-11 précité n'est pas caractérisé à l'encontre du responsable d'un refuge pour chats qui n'en a pas assuré le suivi sanitaire parce qu'il a été dépassé par l'ampleur de sa tâche. Les juges auraient donc dû rechercher si ces faits ne constituaient pas la contravention de défaut de soins des articles R. 214-17 et R. 215-4 précités (Crim., 11 juin 2014, pourvoi n° 13-85.894). En outre, si ce délit permet de sanctionner des actes de maltraitance résultant d'abstentions, de simples négligences ne suffisent pas à le constituer. Le fait qu'un responsable de centre équestre ne fasse appel à un vétérinaire que huit jours après qu'une jument eut commencé à boiter et vu son pronostic vital engagé, même si elle a survécu, ne suffit donc pas à caractériser ce délit et la cour d'appel aurait dû rechercher si la contravention précitée n'était pas constituée (Crim., 11 janvier 2011, pourvoi n° 10-85.506 ; M. Carius, « L'agriculteur, la protection animale et le risque pénal », *Dr. Rural,* janvier 2018, n° 459).

Il n'en demeure pas moins qu'au sein même de certaines contraventions, doit être apprécié le caractère volontaire ou non de l'acte. En effet, l'article R. 654-1 du code pénal dispose que les mauvais traitements doivent avoir été commis volontairement, alors qu'une simple négligence ou imprudence suffit à caractériser la contravention de l'article R. 653-1 du même code.

C'est par une jurisprudence plus constructive que la chambre criminelle de la Cour de cassation a défini l'élément intentionnel des sévices graves et actes de cruauté par un dol spécial qui distingue ces infractions des autres infractions protectrices du bien-être des animaux.

Dès un arrêt du 23 janvier 1989, elle a jugé que les sévices graves ou actes de cruauté doivent avoir été « accomplis intentionnellement dans le but de provoquer la souffrance ou la mort ». En l'espèce, tel n'était pas le cas de bovins et équidés trouvés dans un pré sans nourriture ni abreuvement dans des conditions climatiques exceptionnellement rigoureuses (Crim., 23 janvier 1989, pourvoi n° 87-90.298, *Bull. crim.* 1989, n° 23). À défaut de ce dol spécial, seule la contravention de mauvais traitements de l'article R. 654-1 du code pénal est encourue.

Malgré certaines critiques doctrinales reprochant d'ajouter au texte une condition qu'il ne comporte pas (voir par exemple : M. Véron, *Dr. pén.* n° 10, octobre 2006, comm. 119), la chambre criminelle de la Cour de cassation ne cesse d'appliquer ce critère. Elle l'a encore fait récemment en refusant de renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité contestant l'article 521-1 du code pénal en ce qu'il ne prévoit pas d'exception pour la mise à mort d'animaux sacrifiés à une divinité. Elle a jugé que le principe constitutionnel de liberté religieuse n'impliquait pas que fût autorisée la pratique de sévices et actes de cruauté au sens de cet article, rappelant qu'ils ne s'entendaient que d'actes accomplis intentionnellement dans le but de provoquer la souffrance ou la mort d'un animal (Crim., 5 mars 2019, pourvoi n° 18-84.554).

Sur la base de ce critère, la qualification de sévices graves a été retenue, par exemple, à l'encontre d'un prévenu qui, conscient de la souffrance ainsi provoquée, a maintenu durablement dans leur box, sans les sortir, des chevaux baignant dans leurs excréments ainsi que d'autres laissés au pré sans abri sur un sol couvert de détritus pouvant les blesser, sans eau potable, certains, d'une maigreur extrême, d'autres, présentant des plaies non soignées (Crim., 25 septembre 2012, pourvoi n° 11-86.400).

En revanche, ne constituent ni sévices graves ni acte de cruauté le fait de laisser une pouliche dans un état lamentable constaté par un certificat vétérinaire éloquent (Crim., 13 janvier 2004, pourvoi n° 03-82.045, *Bull. crim.* 2004, n° 7) ou de laisser délibérément un chien en été sur un balcon exposé au soleil, espace trop réduit pour lui permettre un peu d'exercice, et de surcroît muselé, ce qui est en revanche susceptible de relever de la contravention de mauvais traitements envers un animal domestique (Crim., 7 octobre 2008, pourvoi n° 07-88.349).

C'est également sous la qualification de mauvais traitements que peuvent être punis le fait de ne pas nourrir de manière suffisante ou adaptée quinze chiens, chats, chèvre et perroquets, et de ne pas leur prodiguer les soins nécessaires sur plusieurs semaines, engendrant ainsi des souffrances et leur maigreur (Crim., 31 mai 2016, pourvoi n° 15-82.062) ou le fait d'avoir, sans nécessité, « frappé à grand coup de pied » un chien au

point que la blessure a conduit à son euthanasie (Crim., 6 juin 2000, pourvoi nº 99-86.527).

Le critère précité permet aussi de distinguer le délit d'abandon, également prévu par l'article 521-1 du code pénal, qui est constitué non seulement par la renonciation définitive à la propriété sur un animal domestique en l'abandonnant dans la nature, mais plus généralement par toute forme de désintérêt à l'égard de son sort, le privant des conditions de sa subsistance.

Ne constitue donc pas un acte de cruauté ou des sévices graves accomplis intentionnellement dans le but de provoquer la souffrance ou la mort, mais le délit d'abandon, le fait de laisser une ânesse en agonie, allongée sur le sol, les membres coincés sous la porte d'une cave, dans un état de choc lié à une parturition impossible sans faire appel à un vétérinaire (Crim., 4 mai 2010, pourvoi nº 09-83.403), solution à laquelle s'est rangée la cour de renvoi (Crim., 29 novembre 2011, pourvoi nº 11-84.945). Constituent également un abandon l'absence, pendant plusieurs semaines, de soins courants et de fourniture d'une nourriture suffisante à des ânes et le fait de les avoir confiés à une personne dépourvue de compétence (Crim., 4 mai 2010, pourvoi nº 09-88.095), ou le fait de ne pas fournir à des équidés une nourriture correspondant en quantité et en qualité à leurs besoins (Crim., 22 mai 2013, pourvoi nº 12-85.988 ; également Crim., 31 mai 2016, pourvoi nº 15-82.062) ou encore celui de laisser des animaux dans un pré sans nourriture ni abreuvement (Crim., 16 juin 2015, pourvoi nº 14-86.387, *Bull. crim.* 2015, nº 147 ; *Dr. Pénal* 2015, comm. 121, obs. Ph. Conte).

On relèvera toutefois que les sévices de nature sexuelle, que la loi nº 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité a ajoutés aux sévices graves dans l'énumération des actes punis par l'article 521-1, échappent au critère précité, l'élément intentionnel étant apprécié de manière autonome. Ainsi, de simples « actes de pénétration sexuelle commis par une personne sur un animal constituent des sévices de nature sexuelle au sens de [ce texte] » (Crim., 4 septembre 2007, pourvoi nº 06-82.785, *Bull. crim.* 2007, nº 191 ; *Dr. Pénal* 2007, comm. 133, obs. M. Véron ; *D.* 2008, p. 524, note J. Chacornac ; *JCP* 2008, II, 1005, note J. Ségura), sans qu'il y ait besoin de relever des faits particuliers de violence, brutalité ou mauvais traitement.

B. Les limites à la protection de l'animal

La protection de l'animal trouve toutefois ses limites dans la nécessité de lui donner la mort et dans certains cas d'immunité légale liés à des traditions locales.

Ainsi, la contravention de l'article R. 655-1 du code pénal, qui punit le fait de donner volontairement la mort à un animal sans nécessité, n'est pas constituée dans le cas où un agent de la SNCF, en patrouille dans un train, avec son chien de service, muselé et tenu en laisse, abat un autre chien dont la muselière s'était détachée et qui mordait le sien, sans qu'il soit possible de lui faire lâcher prise. Le danger actuel menaçant son animal justifiait son geste (Crim., 8 mars 2011, pourvoi nº 10-82.078). De même, ne peut être punie la personne qui, dans une action de chasse, a tué un chien qui s'en prenait à ses canards appelants, après avoir tenté de le faire partir en criant et en tirant en l'air (Crim., 5 avril 2011, pourvoi nº 10-87.114 ; pour des animaux d'élevage, Crim., 13 janvier 2009, pourvoi nº 08-83.608).

La contravention est en revanche constituée, faute de danger actuel et imminent, lorsque les chiens abattus n'ont pas attaqué des ânes appartenant au prévenu, ces derniers ne s'étant trouvés à aucun moment en danger, et que le prévenu aurait pu se borner à des coups de semonce et des cris adressés aux chasseurs (Crim., 26 février 2003, pourvoi n° 02-81.736).

Le même article R. 655-1 précise que ses dispositions ne sont pas non plus applicables aux courses de taureaux lorsqu'une tradition locale ininterrompue peut être invoquée, non plus qu'aux combats de coqs dans les localités où une tradition ininterrompue peut être établie. Il en va de même pour l'article 521-1 du code pénal.

Ces dispositions sont issues de la résistance opposée, dans des régions de tradition tauromachique, à la loi du 2 juillet 1850 précitée. Elles résultent de la loi n° 51-461 du 24 avril 1951 portant modification de la loi du 2 juillet 1850 relative aux mauvais traitements envers les animaux pour les courses de taureaux et de la loi n° 64-690 du 8 juillet 1964 modifiant la loi n° 63-1143 du 19 novembre 1963 (toute création d'un nouveau gallodrome est interdite) pour les combats de coqs.

À l'occasion de la question prioritaire de constitutionnalité précédemment évoquée relative à la liberté de religion invoquée au soutien de sacrifices d'animaux, la chambre criminelle de la Cour de cassation a estimé que le principe d'égalité n'imposait pas d'étendre ces dispositions à d'autres cas que ceux, limitativement énumérés, des combats de coqs et des courses de taureaux dont le législateur n'a, par exception, permis la poursuite que dans les parties du territoire national où elles font partie d'une tradition ininterrompue et pour les seuls actes relevant de cette tradition (Crim., 5 mars 2019, pourvoi n° 18-84.554). Le Conseil constitutionnel avait, quant à lui, précédemment déclaré conformes à la Constitution l'exclusion de responsabilité pénale pour les courses de taureaux (Cons. const., 21 septembre 2012, décision n° 2012-271 QPC, Association comité radicalement anti-corrida Europe et autre [Immunité pénale en matière de courses de taureaux]) et l'incrimination de la création de nouveaux gallodromes (Cons. const., 31 juillet 2015, décision n° 2015-477 QPC, M. Jismy R. [Incrimination de la création de nouveaux gallodromes]).

C'est cette dernière infraction que la chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré comme constituée à l'encontre d'une personne qui avait construit une salle de spectacle dans laquelle avaient lieu des combats de coqs, autorisés par un maire à titre provisoire sous réserve de l'obtention de l'autorisation du préfet, lequel avait refusé le transfert de ladite activité dont bénéficiait jusqu'alors une autre personne. La chambre criminelle a jugé que le fait de dédier une salle aux combats de coqs sur un terrain où ne préexistait pas de gallodrome constituait la création d'un nouveau gallodrome (Crim., 11 septembre 2018, pourvoi n° 17-85.817).

Quant aux courses de taureaux avec mise à mort, elles n'ont pas donné lieu à jurisprudence récente de la chambre criminelle. Celle-ci, dans sa dernière décision rendue en la matière, a estimé que les juges du fond n'étaient pas liés par la décision de l'autorité administrative et appréciaient souverainement l'existence d'une tradition locale ininterrompue permettant de bénéficier de « l'immunité légale » (Crim., 16 septembre 1997, pourvoi n° 96-82.649, *Bull. crim.* 1997, n° 295). La deuxième chambre civile de la Cour de cassation a, pour sa part, eu l'occasion de préciser que les juges devaient indiquer si la commune dans laquelle une corrida devait être organisée se situait bien dans un ensemble

démographique local où l'existence d'une tradition taurine ininterrompue est caractérisée « par l'organisation régulière de corridas » (2e Civ., 10 juin 2004, pourvoi nº 02-17.121, *Bull.* 2004, II, nº 295).

Cette solution a pu être considérée comme contraire au principe de l'interprétation stricte de la loi pénale (E. de Monredon, *JCP* éd. G, 2004, II, 10162). En tout cas, elle contribue à des limitations à la protection de l'animal, même si certains auteurs, estimant cette dernière encore imparfaite, en appellent à une « protection pénale de troisième génération » (voir par exemple *Dr. Pénal,* février 2018, « L'animal en droit pénal : vers une protection pénale de troisième génération », Étude P.-J. Delage) ce qui relève de l'office du législateur et non du juge, fût-il juge de cassation.

§ III. La considération du lien d'affection entre la personne et l'animal

En tant qu'être vivant doué de sensibilité, l'animal peut susciter l'affection de son maître, ce qui est de nature à façonner son statut.

C'est ainsi que l'article 10 de la loi nº 70-598 du 9 juillet 1970 modifiant et complétant la loi du 1er septembre 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel, répute non écrite toute stipulation tendant à interdire la détention d'un animal dans un local d'habitation dans la mesure où elle concerne un animal familier, une telle détention étant toutefois subordonnée au fait que ledit animal ne cause aucun dégât à l'immeuble ni aucun trouble de jouissance aux occupants de celui-ci.

De même, l'article 39 du décret nº 92-755 du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution pour l'application de la loi nº 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution déclare insaisissables les animaux d'appartement ou de garde, comme étant nécessaires à la vie du débiteur saisi et de sa famille.

De telles dispositions, qui participent du statut de l'animal, s'expliquent, en creux, par l'affection que son maître lui porte.

Le juge lui-même prend parfois en considération ce lien d'affection pour trancher le litige qui lui est soumis.

C'est ainsi que, dans un retentissant arrêt du 16 janvier 1962 (1re Civ., 16 janvier 1962, *Bull.* 1962, I, nº 33), mieux connu sous le nom d'arrêt du cheval Lunus, la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé qu'« indépendamment du préjudice matériel qu'elle entraîne, la mort d'un animal peut être pour son propriétaire la cause d'un préjudice d'ordre subjectif et affectif susceptible de donner lieu à réparation », ce qui justifie l'octroi d'une « indemnité destinée à compenser le préjudice que lui cause la perte d'un animal auquel il était attaché ». Se ralliant à l'émoi général suscité en doctrine par cette décision et témoignant des mentalités de l'époque, le doyen Carbonnier a considéré qu'il s'agissait d'un arrêt rendu dans « un instant d'aberration » (« Les obligations », PUF, 10e éd., nº 90).

Un demi-siècle plus tard et dans un contexte profondément différent, un arrêt de la première chambre civile du 9 décembre 2015 (1re Civ., 9 décembre 2015, pourvoi

n° 14-25.910, *Bull.* 2015, I, n° 314) témoigne à son tour de la prise en compte de lien d'affection envers l'animal.

Dans cette affaire, l'acquéreur d'un chiot invoquait un défaut de conformité constitué par une cataracte héréditaire entraînant de graves troubles de la vision. Alors que l'acquéreur sollicitait la réparation de ce défaut, le vendeur professionnel s'y opposait et proposait au lieu et place le remplacement de l'animal, estimant le coût de la réparation manifestement disproportionné. La Cour de cassation approuve le tribunal d'instance d'avoir retenu que le remplacement de l'animal était impossible, au sens de l'article L. 211-9 du code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation, au motif que « le chien en cause était un être vivant, unique et irremplaçable, et un animal de compagnie destiné à recevoir l'affection de son maître, sans aucune vocation économique ».

En raison du lien d'affection unissant le chien à son maître, l'exception de disproportion de l'article L. 211-9 du code de la consommation ne peut donc être invoquée par le professionnel. Se trouve ainsi modulé, par l'effet de ce lien singulier, le régime de la garantie légale de conformité.

Le statut de l'animal lui-même s'en trouve façonné, puisqu'il devient, sous réserve d'un lien d'affection suffisamment fort, irremplaçable et d'une certaine manière intangible, ce qui n'est pas sans rappeler l'insaisissabilité de l'animal évoquée plus haut.

Intervenu seulement quelques mois après l'entrée en vigueur de l'article 515-14 du code civil, l'arrêt précité pourrait en constituer le prolongement, tant il est vrai que l'affection suscitée par l'animal n'est évidemment pas étrangère au fait qu'il soit un être vivant doué de sensibilité. Il conforte également l'idée que l'animal n'est plus un bien, ainsi qu'il s'infère de l'article précité, même s'il demeure, en principe, soumis au régime des biens, sauf les lois spéciales qui le protègent, l'arrêt du 9 décembre 2015 précité pouvant à cet égard faire figure d'exception prétorienne.

Peut-on aller plus loin et percevoir dans cette décision l'indice d'une évolution plus profonde du statut de l'animal ?

Premier commentateur de l'article 515-14 du code civil, le professeur Reigné y a vu « une pierre d'attente destinée à supporter, tôt ou tard, une œuvre plus complète, qu'il s'agisse d'un troisième statut propre aux animaux ou de l'admission de ceux-ci au bénéfice du statut des personnes » (« Les animaux et le code civil », *JCP* 2015, éd. G, p. 242).

L'anthropomorphisme animalier suscite de vives oppositions en doctrine et il n'est pas discutable que les arrêts précités se placent davantage sous l'angle du maître que sous celui de l'animal. Si ce dernier ne peut assurément plus être regardé comme un simple bien, il semble impossible de discerner dans la jurisprudence de la Cour de cassation les indices d'un rattachement à la catégorie des personnes, envisagé par certains auteurs en empruntant à la théorie de la réalité technique.

Les indices de l'émergence d'un statut *sui generis* sont peut-être moins imperceptibles. En reconnaissant l'existence d'un lien d'affection entre l'homme et l'animal, la jurisprudence pourrait concourir à l'avènement d'une troisième voie entre celle des personnes et celle des biens. L'animal n'en deviendrait pas sujet de droit, mais bénéficiaire d'un régime propre, justifié par sa qualité d'être vivant doué de sensibilité. Cet hypothétique régime

reste à construire et nul ne sait dans quelle mesure la Cour de cassation y contribuera, sauf la quasi-certitude de nouvelles décisions suscitées par les riches potentialités de l'article 515-14 du code civil.

Chapitre 3. L'appropriation des droits

La jurisprudence de la Cour de cassation témoigne d'une extension de l'application de certains mécanismes réels à des créances, par exemple de prestations sociales. Il faut dire qu'elle réceptionne la construction élaborée sur le fondement de l'article 1er du premier protocole à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par la Cour européenne des droits de l'homme : celle-ci adopte une conception extensive de la notion de « bien » comme tout « *intérêt économique substantiel* » et a forgé la notion « *d'espérance légitime de bien* » (section 2). Cette conception brouille les frontières de la distinction entre droits personnels et réels et, plus profondément, le lien entre bien et propriété : dans cette acception, on peut désormais saisir un bien même lorsque le lien de la personne et de l'intérêt considéré s'établit par un droit personnel. Par exemple, la CEDH admet, au titre du respect des biens, la protection de créances ou d'espérances légitimes de créance [135].

Est-ce à dire qu'elle adopte la thèse de la propriété des créances ? Celle-ci pousse à son paroxysme la discussion de la propriété d'une valeur : non seulement les créances sont incorporelles, mais elles renvoient à une valeur et à un bien en même temps qu'à un lien entre personnes. La notion de propriété sur de telles valeurs bouscule donc encore davantage la distinction des droits réels et personnels. Dabin y était opposé [136], quand Savatier considérait les créances comme des biens, objets de droit de propriété et d'appropriation [137]. Jérôme François nuance grandement l'analyse aujourd'hui en montrant, notamment, que cette idée ne peut saisir que les créances monétaires [138]. Il est vrai que le droit positif, peut-être par maladresse, reconnaît par endroits cette propriété [139] ou évoque des « copropriétés » de créances (fonds communs, de placement et de créances

---

135. Par ex., CEDH, arrêt du 9 décembre 1994, Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce, nº 13427/87, *D.* 1996, p. 329, note D. Fiorina.

136. J. Dabin, « Une nouvelle définition du droit réel », *RTD civ*. 1962, p. 20, spéc. p. 27 et s., qui considérait que l'on ne pouvait être que « titulaire » d'une créance ; S. Ginossar, *op. cit*., spéc. p. 19 et s., et « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », *RTD civ.* 1962, p. 573.

137. F. Zenati, « Le droit des biens dans l'œuvre du doyen Savatier », *in L'évolution contemporaine du droit des biens, 3es journées Savatier 1990*, PUF, 1991, p. 16 ; J. Laurent, « La propriété des droits », préface T. Revet, LGDJ, 2012, spéc. nº 73-95 ; Y. Emerich, « Propriété des créances », préf. F. Zenati-Castaing, LGDJ, 2007, soutenant l'existence de cette propriété en se fondant notamment sur sa pertinence – la richesse que les créances représentent – et sur l'exemple du code civil du Québec.

138. J. François, « Les créances sont-elles des biens ? », *in Mél. C. Larroumet*, Economica, 2009, p. 149 ; « Retour sur la revendication de sommes d'argent », *D.* 2012, p. 1493.

139. Cons. const., 29 décembre 1999, décision nº 99-425 DC, Loi de finances rectificative pour 1999 admettant la protection, au titre de la propriété, de droits de créance (en l'occurrence des indemnisations des porteurs d'emprunts russes) ; Cons. const, 10 juin 2010, décision nº 2010-607 DC, Loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, évoquant la protection de la « propriété des créanciers » antérieurs ; V. Mazeaud, « Droit réel, propriété et créance dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RTD civ*. 2014, p. 29.

puis de titrisation [140]). La discussion n'est pas que théorique, ainsi qu'en témoignent les contentieux relatifs à des saisies de contrats ou de créances (section 1).

Section 1. La saisie de créances ou de contrats

Ces saisies de créances et de contrats ne se réalisent pas selon des régimes uniques. On peut distinguer celles qui ont lieu en matière pénale (§ I) de celles qui interviennent au titre des voies d'exécution (§ II).

§ I. La saisie de créances ou de contrats en droit pénal

La jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation témoigne d'une extension de l'application de certains mécanismes réels à des créances, notamment au titre des saisies pénales.

En effet, en premier lieu, il est possible au juge pénal de confisquer un droit personnel, dont le titulaire, à qui il est reproché une infraction pénale, peut faire commerce.

À ce titre, le législateur a prévu des procédures particulières pour la saisie des créances – dont la diversité est illimitée en raison du principe de la liberté contractuelle – en vue de leur confiscation (article 706-153 du code de procédure pénale).

Ainsi, il a été jugé que le juge d'instruction peut, sans requête préalable du ministère public, ordonner, sur le fondement de l'article 706-153 du code de procédure pénale, immédiatement applicable aux procédures en cours, la saisie du produit des infractions d'escroquerie et d'exercice illégal de l'activité de prestataire de services d'investissement que constitue la créance, assortie de garanties mobilières et immobilières, dont la personne mise en examen dispose en raison des faits reprochés. En effet, cette créance entre dans la catégorie générique des « biens », dont la confiscation demeure encourue en application de l'article 131-21 du code pénal (Crim., 6 mai 2015, pourvoi nº 15-80.076, *Bull. crim.* 2015, nº 101).

Soutenir, comme le faisait le demandeur au pourvoi, qu'une créance n'est pas un bien susceptible de confiscation se heurte aux dispositions de l'article 706 du code de procédure pénale, permettant une saisie sur un bien ou un droit immobilier incorporel ou une créance. En outre, depuis le nouveau code pénal, la confiscation peut être ordonnée en valeur, notamment quand la chose confisquée n'a pas été saisie ou ne peut être représentée.

En second lieu, l'article 706-155, alinéa 2, du code de procédure pénale prévoit que la saisie pratiquée peut également s'appliquer à un contrat d'assurance-vie. Par plusieurs arrêts rendus le même jour, la chambre criminelle de la Cour de cassation a donné une portée considérable à cet article en énonçant qu'une créance figurant sur un tel contrat pouvait être saisie, nonobstant l'acceptation expresse du bénéficiaire du contrat. Selon la Haute juridiction, « nonobstant l'acceptation expresse des bénéficiaires du contrat d'assurance-vie souscrit par [le mis en examen], celui-ci conservait une créance sur l'assureur constituée par la faculté de rachat dudit contrat, dont il n'est pas allégué qu'il n'en bénéficiait pas », et que « le droit personnel et direct, mais éventuel, des bénéficiaires

---

140. T. Bonneau, « Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le droit civil », *RTD civ.* 1991, p. 1, nº 11 et s., p. 9 et s.

de ce contrat n'est pas remis en cause par la procédure de saisie » (Crim., 20 avril 2017, pourvoi n° 16-82.841 ; Crim., 20 avril 2017, pourvoi n° 16-82.842 ; Crim., 20 avril 2017, pourvoi n° 16-82.843 ; Crim., 20 avril 2017, pourvoi n° 16-82.844 ; Crim., 20 avril 2017, pourvoi n° 16-82.845 ; déjà implicitement : Crim., 30 septembre 2015, pourvoi n° 15-81.744, *Bull. crim*. 2015, n° 213 ; *JCP* 2016, éd. E, 1084, note R. Salomon ; Crim., 30 septembre 2015, pourvoi n° 15-81.748).

Si la doctrine civiliste a pu s'interroger sur le bien-fondé de cette jurisprudence, dès lors que l'article L. 132-9 du code des assurances, dans sa rédaction issue de la loi n° 2007-1775 du 17 décembre 2007 permettant la recherche des bénéficiaires des contrats d'assurance sur la vie non réclamés et garantissant les droits des assurés, prohibe dorénavant en principe tout rachat par le souscripteur après l'acceptation du bénéficiaire de la convention, il n'en demeure pas moins que la solution, témoignant de l'autonomie du droit pénal, doit être approuvée, dès lors que ni l'article 706-153, ni l'article 706-155 du code de procédure pénale, qui organisent la saisie des créances figurant sur ces contrats d'assurance sur la vie, ne réservent le cas où le bénéfice de l'assurance a été accepté (L. Ascensi, « Droit et pratique des saisies et confiscations pénales », *Dalloz,* éd. 2019-2020, n° 234-113).

§ II. La saisie de créances ou de contrats en voies d'exécution

L'on sait que la jurisprudence du Conseil constitutionnel se montre nuancée quant à l'application aux créances de la protection constitutionnelle du droit de propriété, même si plusieurs décisions ont reconnu le « droit de propriété des créanciers » (notamment, Cons. const., 10 juin 2010, décision n° 2010-607 DC, Loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée ; Cons. const., 17 novembre 2016, décision n° 2016-739 DC, Loi de modernisation de la justice du XXIe siècle, considérant 74) et si la protection constitutionnelle a été étendue à des droits incorporels nouveaux (notamment aux portefeuilles de contrats ou de bulletins d'adhésion constitués par une personne dans l'exercice de l'activité d'assurance : Cons. const., 6 février 2015, décision n° 2014-449 QPC, Société Mutuelle des transports assurances).

Au regard du droit civil, et même si la doctrine n'est pas totalement unanime s'agissant du droit de propriété des créances (voir notamment : J. François, « Les créances sont-elles des biens ? », *Mélanges Larroumet*, Economica 2009, p. 149), il est constant que les créances détenues par un débiteur, qui font partie de son patrimoine (l'article 529 du code civil les range parmi les biens meubles), sont soumises au droit de gage général de ses créanciers (articles 2284 et 2285 du code civil).

Le droit des procédures civiles d'exécution en tire la conséquence, en affirmant la saisissabilité des créances de sommes d'argent (article L. 211-1) au moyen de la procédure spécifique de saisie-attribution et celle de tous les droits incorporels (article L. 231-1).

La loi n'a pas déterminé les biens saisissables et le code des procédures civiles d'exécution dispose en son article R. 112-1 que seule la loi peut prescrire qu'un bien est insaisissable. La saisissabilité est donc la règle, l'insaisissabilité l'exception. L'article L. 112-2 de ce code énumère les catégories de biens insaisissables, parmi lesquelles se trouvent « les provisions, sommes et pensions à caractère alimentaire » (L. 112-2, 3°). Les créances à caractère alimentaire sont donc insaisissables pour des raisons évidentes de

protection des droits fondamentaux du débiteur créancier d'aliments (2e Civ., 10 mars 2005, pourvoi nº 02-14.268, *Bull.* 2005, II, nº 66, pour son application à la prestation compensatoire). De nombreuses dispositions légales prévoient l'insaisissabilité de certaines créances.

La saisie-attribution ne pouvant porter que sur une créance certaine de somme d'argent, le développement de produits financiers ou d'assurance complexes, et la diversification de leur mode de cession (cession Dailly, affacturage, délégation…) soulève des questions, au regard de la nature de la créance ou de la détermination du moment de sa naissance.

Ainsi, par exemple, la Cour de cassation a jugé qu'un bon de capitalisation émis par une société d'assurance représentait une créance de somme d'argent sur laquelle pouvait être entreprise une saisie-attribution (2e Civ., 10 juillet 2008, pourvoi nº 07-14.658, *Bull.* 2008, II, nº 181). La juridiction suprême a également été amenée à déterminer à quel moment une créance prend naissance, notamment en matière de virements bancaires (2e Civ., 28 mai 2003, pourvoi nº 01-12.892, *Bull.* 2003, II, nº 166), d'ouverture de crédit (2e Civ., 18 novembre 2004, pourvoi nº 00-19.693, *Bull.* 2004, II, nº 501), de vente d'un office notarial (2e Civ., 11 mai 2000, pourvois nºs 97-15.736, 97-12.423, 97-12.362, *Bull.* 2000, II, nº 77) ; de vente immobilière (2e Civ., 15 novembre 2012, pourvoi nº 11-23.883).

La question de la saisie des produits d'assurance vie a fait l'objet d'une abondante jurisprudence, notamment en raison de leur variété. La Cour de cassation a jugé que le souscripteur d'une assurance en cas de décès ne dispose d'aucune créance contre l'assureur (Ass. plén., 12 décembre 1986, pourvoi nº 84-17.867, *Bull.* 1986, Ass. plén., nº 14). S'agissant d'assurance en cas de vie, il a été jugé que la faculté de rachat offerte au souscripteur ne constitue pas une créance saisissable tant que le contrat n'est pas dénoué (1re Civ., 28 avril 1998, pourvoi nº 96-10.333, *Bull.* 1998, I, nº 153 ; 1re Civ., 2 juillet 2002, pourvoi nº 99-14.819, *Bull.* 2002, I, nº 179). Cependant, la loi nº 2013-117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière a prévu, s'agissant des mesures d'exécution propres aux personnes publiques, que pouvaient faire l'objet d'une saisie « les sommes versées par un redevable souscripteur ou adhérent d'un contrat d'assurance rachetable, y compris si la possibilité de rachat fait l'objet de limitations, dans la limite de la valeur de rachat des droits à la date de la notification » de la mesure (disposition aujourd'hui intégrée aux articles L. 263-0 A du livre des procédures fiscales et L. 1617-5 du code général des collectivités territoriales).

S'agissant des droits incorporels, la question s'est posée de la possibilité de saisir certains de ces droits, non visés par la loi nº 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution et son décret d'application, et des modalités selon lesquelles une mesure d'exécution forcée pourrait être exercée à leur égard.

La Cour de cassation a considéré, à l'occasion d'une demande d'avis d'un juge de l'exécution portant sur le point de savoir si la licence nº IV d'exploitation d'un débit de boissons pouvait être saisie comme une valeur mobilière, qu'un tel droit, qui revêt une valeur patrimoniale, pouvait faire l'objet d'une saisie. Elle a considéré qu'« en l'absence de texte réglementaire de portée générale, ou de dispositions spécifiques, il est possible, sous réserve des adaptations nécessaires contrôlées par le juge de l'exécution, de transposer les dispositions applicables aux saisies des droits d'associé et de valeurs mobilières » (Avis de la Cour de cassation, 8 février 1999, nº 09-80.015, *Bull.* 1999, Avis, nº 1).

Cette licence d'exploitation, qui est un titre délivré par l'administration des contributions directes permettant à son titulaire de vendre, en vue de leur consommation sur place, des boissons dont la teneur en alcool est précisément définie, est analysé par la Cour de cassation comme un meuble incorporel (Com., 7 mars 2006, pourvoi nº 04-13.569, *Bull.* 2006, IV, nº 62), constituant un élément du fonds de commerce, mais dissociable de celui-ci, en ce sens qu'il peut être cédé indépendamment de lui (3e Civ., 27 octobre 1971, pourvoi nº 70-12.448, *Bull.* 1971, III, nº 523 ; Com., 20 octobre 1998, pourvoi nº 96-15.107, *Bull.* 1998, IV, nº 248). Ne présentant pas de caractère personnel, contrairement aux offices ministériels notamment, la licence ne constitue pas un bien insaisissable en vertu d'un texte législatif et ne figure pas dans la liste de l'article L. 112-2 du code des procédures civiles d'exécution. Elle est donc saisissable, comme tout autre bien ou droit incorporel, indépendamment de la saisie du fonds de commerce.

Palliant l'absence, au moment de l'avis, de texte général prévoyant les modalités de saisie des droits incorporels non expressément visés par le décret du 31 juillet 1992, la Cour de cassation a considéré que la procédure de saisie vente des valeurs mobilières pouvait s'appliquer, « sous réserve des adaptations nécessaires » à la saisie de ce titre. Depuis la codification de ce décret à la partie réglementaire du code des procédures civiles d'exécution par le décret nº 2012-783 du 30 mai 2012 relatif à la partie réglementaire du code des procédures civiles d'exécution, l'article R. 231-1 de ce code prévoit que, sauf disposition contraire, la saisie des droits incorporels est soumise au même régime que la saisie des droits d'associé et de valeurs mobilières, dans la mesure où leurs spécificités n'y met pas obstacle.

Section 2. La réception des notions européennes de « biens » et d'« espérance légitime » de biens : le brouillage de la distinction entre droit réel et droit personnel

Le mouvement de brouillage des catégories – réelles et personnelles – doit beaucoup à l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour de cassation a eu l'occasion d'en réceptionner les acquis en appliquant la notion autonome de « bien » à des créances de prestations sociales (§ I) ou celle d'« espérance légitime » de bien à des créances de rappels de salaires (§ II).

§ I. La notion européenne de « bien » appliquée à des créances de prestations sociales

Le droit de propriété étend-il ses effets à la protection sociale et, au premier chef, à la sécurité sociale ?

La question appelle, au regard du droit interne, une réponse négative : le Conseil constitutionnel a écarté les droits aux prestations sociales du champ d'application du droit de propriété énoncé à l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 (Cons. const., 16 janvier 1986, décision nº 85-200 DC, Loi relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activité [cons. 9] ; *Dr. Soc.*, 1986, p. 372, note Y. Gaudemet ; *RTD sanit. soc.* 1986, p. 347, note X.

Prétot) ; la substitution à un régime contractuel d'assurance d'un régime légal de sécurité sociale ne saurait davantage être regardée, en l'absence de toute dépossession proprement dite, comme une privation de propriété (Cons. const., 20 janvier 2011, décision n° 2010-624 DC, Loi portant réforme de la représentation devant les cours d'appel [cons. 16]). Il ne peut, dès lors, être sérieusement soutenu, à l'appui d'une question de constitutionnalité, qu'une disposition législative relative, par exemple, à une contribution des employeurs pour le financement de certaines allocations de logement, méconnaît les exigences de l'article 17 de la Déclaration du 26 août 1789 (2e Civ., 8 septembre 2016, n° 16-40.222).

La question se pose dans de tout autres termes s'agissant des règles issues de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. S'il est exact que l'article 1er du protocole additionnel n° 1 garantit le droit pour toute personne physique ou morale au respect de ses biens en des termes qui rejoignent la consécration du droit de propriété à la fin du XVIIIe siècle, la Cour européenne des droits de l'homme en a retenu, au fil du temps, une conception qui étend les effets de la garantie à l'ensemble des droits qui revêtent un caractère patrimonial ou, plus simplement, qui s'expriment, en quelque sorte, en argent. C'est en ce sens que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg a opté, voici plus de vingt ans, en ce qui concerne les prestations sociales. Rendu en 1996, le premier arrêt en la matière n'était pas exempt de prudence : la Cour européenne des droits de l'homme soulignait, en particulier, le contexte contributif dans lequel s'inscrivaient, peu ou prou, les prestations litigieuses, liant ainsi, *mezzo voce*, la qualification de la prestation à son mode de financement (CEDH, arrêt du 16 septembre 1996, Gaygusuz c. Autriche, n° 17371/90 : *Recueil* 1996-IV, n° 14). Les juridictions nationales, au premier rang desquelles la Cour de cassation (Soc., 14 janvier 1999, n° 97-12.487, *Bull.* 1999, V, n° 24 ; Soc., 14 janvier 1999, pourvois n° 97-15.177 et n° 97-14.757), ayant entendu faire une application étendue de la solution ainsi retenue, la Cour de Strasbourg a ouvert, dans un second temps, le champ d'application des stipulations de l'article 1er du protocole additionnel n° 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales à l'ensemble des prestations sociales, que celles-ci constituent la contrepartie de cotisations ou de contributions, ou qu'elles revêtent un caractère non contributif (CEDH, arrêt du 6 juillet 2003, Stec e. a. c. Royaume-Uni, n° 65731/01 et 65900/01, ou CEDH, arrêt du 30 septembre 2003, Koua Poirrez c. France, n° 40892/98), voir X. Prétot, « La protection sociale est-elle soluble dans le droit de propriété ? », *in Mélanges en l'honneur d'Élie Alfandari*, « Drôle (s) de droit (s) », *Dalloz*, 2000, p. 163).

Cette jurisprudence a, il convient de le souligner, une portée bien précise : dès lors que les droits aux prestations sociales procèdent ainsi de l'un des droits garantis par la Convention et ses protocoles précités, ils ne sauraient être assortis, dans leur attribution ou dans leur exercice, de conditions constitutives d'une discrimination au nombre de celles prohibées par l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, telles les discriminations selon la nationalité (arrêts *Gaygusuz* et *Koua Poirrez*, préc.), ou selon le sexe (CEDH, 21 février 1997, Van Raalte c. Pays-Bas, n° 20060/92 ou CEDH, arrêt du 27 mars 1998, Petrovic c. Autriche, n° 20458/92). C'est donc, principalement, à des fins d'élimination des discriminations prohibées en vertu de l'article 14 de la Convention précitée que la Cour européenne des droits de l'homme a usé des virtualités de l'article 1er de son protocole additionnel pour reconnaître au droit à prestations sociales le caractère d'un droit de propriété au sens de ce dernier.

C'est également dans cette perspective que s'inscrit, logiquement, la jurisprudence de la Cour de cassation dans le domaine de la sécurité sociale. On en mentionnera quelques illustrations (voir également : « Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *Rapport annuel* 2008, La Documentation française, 2009, p. 117 et s.).

Ainsi est-ce forte des implications des stipulations combinées des articles 14 de la Convention et 1er du protocole additionnel nº 1, telles qu'interprétées par la Cour européenne des droits de l'homme (la référence à la jurisprudence de celle-ci figure, à l'occasion, explicitement dans les motifs des arrêts de la Cour de cassation), que la Cour de cassation a écarté la condition de nationalité française à laquelle la loi interne subordonnait l'attribution de certaines prestations. La chambre sociale de la Cour de cassation a ouvert la voie, alors que le contentieux de la sécurité sociale relevait encore de ses attributions. Elle a, dès 1999, au visa de l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 et de l'article 1er du protocole nº 1 de cette Convention du 20 mars 1952, considéré qu'il ne pouvait être refusé le bénéfice de l'allocation du fonds national de solidarité à une personne résidant en France au motif qu'elle était de nationalité étrangère (Soc., 14 janvier 1999, pourvoi nº 97-12.487, *Bull.* 1999, V, nº 24). La deuxième chambre civile a eu la même analyse, s'agissant notamment des dispositions qui n'ouvraient aux assurés ayant opté pour le service civil en qualité d'objecteur de conscience que pour partie de la durée de celui-ci le bénéfice des périodes assimilées pour la constitution de leurs droits à pension (2e Civ., 20 septembre 2018, pourvoi nº 17-21.576, publié au *Bulletin* ; *JCP* 2018, éd. S, II, 1332, note Jean-Philippe Lhernould). Ne méconnaissent pas, en revanche, les exigences de la règle conventionnelle la subordination de l'attribution aux ressortissants étrangers de l'allocation de solidarité aux personnes âgées à la justification, depuis au moins dix ans, d'un titre de séjour autorisant son titulaire à travailler (2e Civ., 9 février 2017, pourvoi nº 15-26.562), la subordination sauf exception à la résidence sur le sol français du versement des prestations en nature et en espèces de l'assurance maladie (2e Civ., 28 avril 2011, pourvoi nº 10-18.598, *Bull.* 2011, II, nº 100) ou encore la limitation aux seuls nationaux de la faculté de racheter au titre de l'assurance vieillesse les cotisations afférentes à des périodes d'activité hors de France (2e Civ., 19 février 2009, pourvoi nº 07-21.426, *Bull.* 2009, II, nº 61). La Cour de cassation a également admis la compatibilité avec les exigences du droit au respect des biens des mécanismes de l'indemnisation de la faute inexcusable de l'employeur en dépit de son caractère incomplet (2e Civ., 11 juillet 2013, pourvoi nº 12-15.402, *Bull.* 2013, II, nº 158), solution d'ailleurs également retenue par la Cour de Strasbourg (CEDH, arrêt du 12 janvier 2017, Saumier c. France, nº 74734/14, § 61). De même a-t-elle conclu à l'innocuité des dispositions du code de la sécurité sociale qui n'ouvrent aux ressortissants étrangers le droit aux prestations familiales pour leurs enfants entrés en France que pour autant qu'aient été respectées les règles du regroupement familial, s'agissant plus précisément de la production du certificat médical délivré par les services de l'Office français d'immigration et d'intégration (Ass. plén., 3 juin 2011, pourvoi nº 09-71.352, *Bull.* 2011, Ass. plén., nº 5 ; Ass. plén., 3 juin 2011, pourvoi nº 09-69.052, *Bull.* 2011, Ass. plén., nº 6), solution également confirmée par la Cour européenne (CEDH, arrêt du 1er octobre 2015, Okitaloshima Okonda Osungu c. France et Selpa Lokongo c. France, nos 76860/11 et 51354/13).

L'application combinée de la garantie du droit de propriété et de la prohibition des discriminations peut s'avérer, le cas échéant, délicate. Il en va ainsi dans la matière à la fois complexe et sensible des conditions d'attribution des pensions de retraite en fonction

des charges de famille antérieures, les exigences de l'égalité entre le père et la mère n'ayant pas la même portée selon qu'elles procèdent de la Convention européenne des droits de l'homme ou bien des règles du droit de l'Union européenne. La Cour de justice de l'Union européenne ayant conclu, s'agissant des régimes de retraite qui reposent sur une assise socio-professionnelle, à une stricte application du principe d'égalité de traitement des travailleurs de l'un et l'autre sexes (CJCE, arrêt du 17 mai 1990, Douglas Harvey Barber, C-262/88, *Rec. CJCE*, p. I-01889) et cette jurisprudence s'appliquant, logiquement, aux régimes spéciaux de sécurité sociale (CJCE, arrêt du 29 novembre 2001, Griesmar, C-366/99, *Rec. CJCE*, p. I-9383 ; 2e Civ., 8 juillet 2004, nº 03-30.210, *Bull.* 2004, II, nº 397 ; 3e Civ., 11 septembre 2008, pourvoi nº 07-17.399), la Cour de cassation a été amenée à étendre la solution, la différenciation d'un régime à l'autre des règles d'attribution de la majoration pour avoir eu ou élevé un enfant s'avérant discriminatoire au regard de la Convention européenne, à l'ensemble des régimes de sécurité sociale, dès lors que les droits à pension prévus par une législation sociale obligatoire ressortissant au champ d'application de l'article 1er du protocole additionnel nº 1 précité, leur attribution ne saurait être assortie d'une discrimination selon le sexe qui ne réponde pas à une justification objective et raisonnable (2e Civ., 19 février 2009, pourvoi nº 07-20.668, *Bull.* 2009, II, nº 53 ; *Dr. soc.*, 2009, p. 574, rapp. X. Prétot).

Combinée le cas échéant avec les exigences de l'article 14 de la Convention elle-même, la garantie du droit de propriété énoncée au protocole additionnel nº 1 précité s'applique également aux cotisations et contributions dont le produit concourt au financement de la protection sociale. La Cour de cassation a été amenée ainsi à s'interroger, au regard de la règle issue de la Convention, sur les modalités de calcul de la réduction des cotisations dues par l'employeur sur les bas salaires, dite « réduction Fillon » (2e Civ., 15 septembre 2016, pourvoi nº 15-22.346, *Bull.* 2016, II, nº 205), ou sur l'obligation faite aux associés de certaines structures d'exploitation agricole de s'acquitter d'une cotisation de solidarité au bénéfice du régime des exploitants et entrepreneurs agricoles (2e Civ., 16 février 2012, pourvoi nº 10-28.235).

§ II. La notion européenne d'« espérance légitime » appliquée à des créances de rappels de salaires

La chambre sociale de la Cour de cassation a été conduite, à plusieurs reprises, à procéder à un contrôle de lois dites de « validation » au regard des exigences résultant du protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (voir notamment : Soc., 24 novembre 2010, pourvoi nº 08-44.181, *Bull.* 2010, V, nº 268 et Soc., 21 mars 2012, pourvoi nº 04-47.532, *Bull.* 2012, V, nº 101). Ces arrêts incorporent des concepts issus de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et sont rendus en parfaite conformité avec les règles posées par celle-ci.

Ces décisions sont intéressantes : outre qu'elles manifestent la volonté de la Cour de cassation de jouer pleinement son rôle de garant du respect des droits inscrits dans la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH), elles précisent les critères du contrôle de conventionnalité des lois de validation au regard de l'article 1er du protocole additionnel (sur l'exercice de ce contrôle, voir Jean-Yves Frouin et Bertrand Mathieu : « Les validations législatives devant la Cour de cassation », *RFDA* 2001, p. 1055).

Le droit de propriété est protégé par le protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dont l'article 1er intitulé « Protection de la propriété » est rédigé comme suit :

« *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut* être *privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.*

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États *de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément* à *l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes*. »

Il convient de relever que le droit de propriété est également consacré par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dont l'article 17 intitulé « Droit de propriété » prévoit en son paragraphe 1 : « *Toute personne a le droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement, de les utiliser, d'en disposer et de les léguer. Nul ne peut* être *privé de sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, dans des cas et conditions prévus par une loi et moyennant en temps utile une juste indemnité pour sa perte. L'usage des biens peut* être *réglementé par la loi dans la mesure nécessaire* à *l'intérêt général*. »

Selon les explications relatives à la Charte des droits fondamentaux établies sous la responsabilité du praesidium de la Convention qui a élaboré cette Charte et mises à jour sous la responsabilité du praesidium de la Convention européenne (*Journal officiel de l'Union européenne* du 14 décembre 2007, C 303/17), cet article correspond à l'article 1er du protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ce droit, consacré à maintes reprises par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJCE, Hauer, 13 décembre 1979, rec. 1979, p. 3727), a le même sens et la même portée que celui garanti par la CEDH et les limitations prévues par celle-ci ne peuvent être excédées.

À ce jour, la chambre sociale de la Cour de cassation s'est prononcée sur le seul fondement des dispositions de la CEDH et n'a jamais formé de demande de décision préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne sur la conformité d'une disposition législative à l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux.

C'est sous l'influence de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg qu'elle a reconnu des créances de rappel de salaire non constatées par des décisions de justice comme des « espérances légitimes » de biens (A) devant faire l'objet d'une protection contre des atteintes résultant d'une loi de validation. Pour autant, des ingérences dans le bénéfice de cette « espérance » peuvent être justifiées (B).

A. La créance de rappel de salaire, une « espérance légitime » de bien

La Cour de Strasbourg affirme que l'article 1er du Protocole, en reconnaissant à toute personne le droit au respect de ses biens, garantit en substance le droit de propriété (CEDH 13 juin 1979, Marckx c/ Belgique, n° 6833/74, § 63).

La notion de « biens », au sens de ce texte, est extensive. Selon la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, elle peut recouvrir tant des « biens actuels » que des valeurs patrimoniales, y compris, dans certaines situations bien définies, des créances.

Pour qu'une créance puisse être considérée comme une « *valeur patrimoniale* » entrant dans le champ de l'article 1er du protocole no 1 à la CEDH, il faut que le titulaire de la créance démontre que celle-ci a une base suffisante en droit interne, par exemple qu'elle est confirmée par une jurisprudence bien établie des tribunaux (28 septembre 2004 Kopecký c. Slovaquie [GC], no 44912/98, §§ 35 et 48 à 52). Dès lors, le requérant peut prétendre avoir au moins une « espérance légitime » d'obtenir la jouissance effective d'un droit de propriété.

L'existence d'une « contestation réelle » ou d'une « prétention défendable » n'est pas un critère permettant de caractériser une « espérance légitime » protégée par l'article 1er du protocole no 1 à la CEDH. À cet égard, la Cour de Strasbourg rappelle que les requérants n'ont pas d'« espérance légitime » dès lors qu'il ne peut être considéré qu'ils possédaient de manière suffisamment établie une créance immédiatement exigible (CEDH, 6 octobre 2005, Maurice c. France, requête no 11810/03, § 66).

La Cour européenne des droits de l'homme a retenu que des salariés français pouvaient se prévaloir d'une espérance légitime d'obtenir un rappel de salaire à laquelle une loi de validation avait porté atteinte.

Elle a eu à connaître de deux séries d'affaires concernant des salariés chargés d'assurer, au sein d'établissements spécialisés gérés par des associations et placés sous tutelle de l'État, des permanences de nuit, dans une chambre dite « de veille », afin de répondre à tout incident ou demande de la part des pensionnaires (CEDH, 9 janvier 2007, Aubert et a. c. France, requêtes nos 31501/03, 31870/03, 13045/04, 13076/04, 14838/04, 17558/04, 30488/04, 45576/04 et 20389/05 et CEDH, 9 janvier 2007, Arnolin et autres c. France, requêtes nos 20127/03, 31795/03, 35937/03, 2185/04, 4208/04, 12654/04, 15466/04, 15612/04, 27549/04, 27552/04, 27554/04, 27560/04, 27566/04, 27572/04, 27586/04, 27588/04, 27593/04, 27599/04, 27602/04, 27605/04, 27611/04, 27615/04, 27632/04, 34409/04 et 12176/05).

La compréhension de ces décisions nécessite un bref rappel historique. La Cour de cassation a affirmé qu'en dehors des cas où il était prévu par un décret, un horaire d'équivalence ne pouvait résulter que d'un accord de branche étendu ou d'un accord d'entreprise (Soc., 29 juin 1999, pourvois nos 97-41.567 et s., *Bull.* 1999, V, no 307). Or, dans le secteur social et médico-social, certains régimes d'équivalence reposaient sur des conventions ou accords collectifs ayant fait l'objet d'un agrément et qui ne répondaient pas à cette condition. L'article 29 de la loi no 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail a validé, « sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée […], les versements effectués au titre de la rémunération des périodes de permanence nocturne comportant des temps d'inaction […] en tant que leur montant serait contesté par le moyen tiré de l'absence de validité desdites clauses conformément à des régimes d'équivalence ».

La chambre sociale de la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir écarté ce texte pour juger le litige dont elle était saisie, en affirmant : « le principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable, résultant de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales,

s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice afin d'influer sur le dénouement judiciaire d'un litige » (Soc., 24 avril 2001, pourvoi n° 00-44.148, *Bull.* 2001, V, n° 130, voir avis de l'avocat général Stanislas Kehrig : « Loi de validation et procès équitable », *Droit social,* n° 6, juin 2001, pp. 583-591, estimant que le texte litigieux pourrait également être considéré comme constituant une ingérence dans la jouissance d'un bien injustifiée au regard du protocole additionnel à la CEDH).

L'assemblée plénière de la Cour de cassation a adopté une position inverse, retenant que l'intervention du législateur, destinée à aménager les effets d'une jurisprudence nouvelle de nature à compromettre la pérennité du service public de la santé et de la protection sociale auquel participent les établissements pour personnes inadaptées et handicapées obéissait à d'impérieux motifs d'intérêt général au sens de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Ass. plén., 24 janvier 2003, pourvoi n° 01-40.967, *Bull.* 2003, Ass. plén., n° 2, voir le rapport de Jean Merlin « Heures d'équivalence, loi de validation et motifs impérieux d'intérêt général », *Droit social* 2003, p. 373).

Les salariés ont saisi la Cour européenne des droits de l'homme en invoquant deux fondements différents : l'atteinte au droit au procès équitable et l'atteinte au droit de propriété. Dans ses arrêts précités du 9 janvier 2007, la Cour de Strasbourg a retenu dans l'une des affaires jointes une violation du droit au procès équitable, dans l'autre des affaires jointes une violation de l'article 1er du protocole n° 1 à la CEDH (voir J.-P. Lhernould chronique « Actualité de la jurisprudence communautaire et internationale », *Revue de jurisprudence sociale* avril 2007, p. 299).

Dans un premier temps, la Cour de cassation a considéré que des salariés, ayant saisi la juridiction prud'homale plus d'un an après l'entrée en vigueur de la loi précitée du 19 janvier 2000, pour obtenir des rappels de salaires au titre de permanences nocturnes accomplies entre 1996 et 2000, ne pouvaient prétendre avoir été privés d'une « espérance légitime » ou d'une « valeur patrimoniale préexistante faisant partie de leurs biens » au sens de l'article 1er du protocole n° 1 annexé à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Soc., 5 juin 2008, pourvoi n° 06-46.295, 06-46.297, *Bull.* 2008, V, n° 124). Il ressort du commentaire de cette décision au rapport annuel que la chambre sociale a entendu préserver la cohérence de sa jurisprudence affirmant que des salariés ayant engagé leur action après l'entrée en vigueur de la loi du 19 janvier 2000 n'étaient pas fondés à invoquer une ingérence du législateur contraire aux exigences de l'article 6, § 1, de la CEDH (Soc., 13 juin 2007, pourvois n° 06-40.823 à n° 06-40.830, *Bull.* 2007, V, n° 99).

La Cour de cassation est revenue sur cette solution par deux arrêts prononcés les 24 novembre 2010 et 21 mars 2012 précités portant sur des lois remettant en cause sa jurisprudence.

La Haute juridiction a jugé qu'en l'état d'un accord collectif fixant la durée du travail à trente-cinq heures et prévoyant le versement d'une indemnité de réduction du temps de travail pour maintenir le salaire à son niveau antérieur, les salariés qui, nonobstant cet accord, ont continué à travailler trente-neuf heures par semaine, ont droit à cette indemnité et au paiement des heures accomplies au-delà des trente-cinq heures majorées de la boni-

fication alors applicable (Soc., 4 juin 2002, pourvois nos 01-40.324 et s., *Bull.* 2002, V, no 194).

L’article 8 de la loi no 2003-47 du 17 janvier 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l’emploi a modifié la situation des salariés concernés en subordonnant, pour les établissements du secteur social et médico-social, le versement du complément différentiel de salaire à la réduction collective du temps de travail à trente-cinq heures ou en deçà. Le législateur, sans doute pour prévenir un contentieux semblable à celui auquel a donné lieu la loi précitée du 19 janvier 2000, a expressément prévu que les nouvelles dispositions ne s’appliqueraient pas aux instances en cours à la date du 18 septembre 2002.

La Cour de cassation a affirmé que ce texte ne méconnaissait pas les exigences de l’article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales (Soc., 20 octobre 2004, pourvois no 03-42.628 à no 03-42.633, *Bull.*, 2004, V, no 266). Sur ce point, il peut être relevé que l’intervention du législateur était antérieure à l’action en justice des salariés et n’affectait pas celle-ci, ce qui était de nature à priver de portée l’argumentation fondée sur une ingérence portant atteinte au droit au procès équitable.

Par l’arrêt du 24 novembre 2010, la Cour de cassation a retenu l’inconventionnalité de la loi du 17 janvier 2003 comme portant atteinte à un intérêt patrimonial protégé par l’article 1er du protocole no 1 à la CEDH.

L’arrêt considère que les salariés avaient acquis, pour les créances antérieures à la loi du 17 janvier 2003, une espérance légitime de pouvoir obtenir le paiement d’un rappel de salaire au titre du complément différentiel prévu par l’accord collectif. Ce faisant, la Cour de cassation retient implicitement que les salariés détenaient, en vertu de sa jurisprudence antérieure à l’entrée en vigueur de ce texte, une créance qu’ils pouvaient légitimement espérer voir se concrétiser et donc un « bien » au sens de l’article 1er du protocole no 1 à la CEDH. La Haute juridiction censure par conséquent l’arrêt de la cour d’appel retenant que les salariés ne pouvaient se prévaloir d’aucune créance antérieure à la loi du 17 janvier 2003.

La chambre sociale a réaffirmé cette solution dans un arrêt du 21 mars 2012, dans une affaire dans laquelle le salarié avait saisi la juridiction prud’homale d’une demande de rappels de salaire au titre d’heures de permanence nocturne après l’entrée en vigueur de l’article 29 de la loi du 19 janvier 2000. L’arrêt Aubert du 9 janvier 2007 est relatif à des actions en justice postérieures à cette loi. La Cour de cassation applique le raisonnement de la Cour de Strasbourg pour retenir l’existence, avant l’entrée en vigueur de cette loi, d’une valeur patrimoniale auquel il a été porté atteinte.

Il résulte de ces deux décisions que l’existence d’un bien conventionnellement protégé s’apprécie non pas à la date de l’introduction de l’action en justice mais à celle du texte législatif qui porte atteinte à ce bien. Cette conception est en parfaite conformité avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme (CEDH, 6 octobre 2005, Maurice c. France, requête no 11810/03, § 70). Le raisonnement est sur ce point différent pour l’appréciation d’une atteinte au droit au procès équitable, ainsi qu’il résulte de l’arrêt précité du 20 octobre 2004.

B. La justification d'une ingérence dans le droit au respect d'un « bien »

L'existence d'un intérêt général de nature à justifier une atteinte à un bien protégé par l'article 1er du protocole no 1 est admise de façon restrictive par la Cour européenne des droits de l'homme (1). Ses décisions reflètent sa volonté de faire prévaloir les impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens, notamment *via* l'appréciation du « juste équilibre » entre l'atteinte et la poursuite de l'intérêt général (2).

1. Admission restrictive par la Cour européenne des droits de l'homme des causes de justification à l'atteinte aux biens

Selon la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, l'ingérence du législateur dans le droit au respect d'un « bien » est justifiée si elle remplit trois conditions (CEDH, gr. ch., 25 octobre 2012, Vistins et Perepjolkins c/Lettonie, aff. no 71243/01, § 94) :

– être effectuée « dans les conditions prévues par la loi », ce qui exclut une action arbitraire de la part des autorités nationales ;

– poursuivre un but légitime, ce qui suppose l'existence d'une « cause d'utilité publique » au sens de l'article 1er du protocole no 1 ;

– si elle a eu lieu dans le respect du principe de proportionnalité, c'est-à-dire si elle ménage un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu (CEDH, arrêt du 23 septembre 1982, Sporrong et Lönnroth c. Suède, série A no 52, p. 26, § 69).

S'agissant de la deuxième de ces conditions, pour la Cour de Strasbourg, les autorités nationales disposent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer ce qui constitue un impératif d'« utilité publique » de nature à justifier, pour un motif d'intérêt général, des privations de propriété. Elle contrôle néanmoins que l'appréciation du législateur n'est pas manifestement dépourvue de base raisonnable (arrêt du 20 novembre 1995, Pressos Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique, série A no 332, pp. 22-23, § 37).

Dans l'arrêt Aubert, la Cour européenne des droits de l'homme a retenu, s'agissant du motif invoqué par le gouvernement français tiré de la nécessité de préserver la pérennité et la continuité d'un service public, « qu'en principe un motif financier ne permet pas à lui seul de justifier une telle intervention législative » et que « si les budgets des établissements concernés auraient pu souffrir de l'absence de la loi, il n'est pas établi que leur survie et, *a fortiori*, l'équilibre général du service public de la santé et de la protection sociale, auraient été menacés » (arrêt Aubert précité, § 83). Elle en a déduit que l'intervention législative « n'était pas justifiée par d'impérieux motifs d'intérêt général, ainsi que l'exige, notamment, le principe de la prééminence du droit » et émet des doutes sur le point de savoir si l'ingérence dans les biens des requérants servait une « cause d'utilité publique » (arrêt Aubert précité, § 84 et § 85).

S'agissant de la troisième de ces conditions, l'applicabilité d'une disposition législative nouvelle aux instances en cours ne constitue pas en soi une mesure disproportionnée, le législateur n'étant pas, en principe, empêché d'intervenir, en matière civile, pour modifier l'état du droit par une loi immédiatement applicable (Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c. France [GC], nos 24846/94 et 34165/96 à 34173/96, § 57, CEDH 1999-VII).

Afin de déterminer si une mesure ne fait pas peser sur le titulaire d'une créance une charge disproportionnée, la Cour de Strasbourg prend en considération les modalités d'indemnisation prévues par la législation interne. Ainsi, selon sa jurisprudence, sans le versement d'une somme raisonnablement en rapport avec la valeur du bien, une privation de propriété constitue normalement une atteinte excessive, et un manque total d'indemnisation ne saurait se justifier sur le terrain de l'article 1er du protocole nº 1 que dans des circonstances exceptionnelles (arrêt du 9 décembre 1994, Les saints monastères c. Grèce, série A nº 301-A, p. 35, § 71).

Selon l'arrêt Aubert précité, la disposition législative en cause, en privant les salariés d'une « valeur patrimoniale » préexistante et faisant partie de leurs « biens » dont ils pouvaient légitimement espérer obtenir le paiement a fait peser sur les intéressés une « charge anormale et exorbitante » et « l'atteinte portée à leurs biens a revêtu un caractère disproportionné, rompant le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux des individus » (Arrêt Aubert, § 87 et § 88).

Ainsi que le souligne la doctrine, la Cour de cassation a intégré ces principes (J. Mouly : « La non-rétroactivité de la loi Warsman sur l'annualisation du temps de travail. Défense et illustration "européenne" de la jurisprudence de la Cour de cassation », *Droit Social* 2014, p. 71).

2. Appréciation du juste équilibre entre l'atteinte et le motif d'intérêt général

À la suite de l'arrêt Aubert, revenant sur sa jurisprudence antérieure, la Cour de cassation a, dans son arrêt précité du 24 novembre 2010, censuré la décision d'appel pour n'avoir pas vérifié si l'article 8 de la loi du 17 janvier 2003 « respectait un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens ».

Ces motifs procèdent d'une volonté de guider la juridiction de renvoi, en lui précisant les recherches qu'il convient d'effectuer (P. Florès : « Lois de validation en matière sociale : les exigences issues du protocole nº 1 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue de droit du travail* 2011, p. 257). Ainsi que le souligne cet auteur, la seule expression de la volonté du législateur ne suffit pas pour écarter un grief de non-conventionnalité. Le Conseil d'État, dans une demande d'avis dans un litige relatif au droit d'un fonctionnaire de bénéficier d'une pension de retraite à jouissance immédiate, a adopté une position semblable à celle de la Cour européenne des droits de l'homme en retenant, sur le fondement de l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qu'en « remettant en cause rétroactivement la situation des fonctionnaires remplissant les conditions antérieurement applicables et ayant présenté, avant la publication de la loi, une demande qui avait donné lieu à une décision de refus [la disposition législative en cause avait] porté aux créances détenues par les intéressés – qu'ils aient ou non engagé une action en justice en vue de la faire reconnaître – une atteinte qui, en l'absence de motifs d'intérêt général susceptibles de la justifier, doit être regardée comme disproportionnée » (Conseil d'État, Assemblée, Avis du 27 mai 2005, nº 277975, publié au recueil Lebon).

Le commentaire de l'arrêt du 24 novembre 2010 au rapport annuel de la Cour de cassation rappelle la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle un motif financier ne suffit pas à justifier qu'il soit porté atteinte à une espérance légitime d'obtenir le paiement d'un rappel de salaire. Si la Cour de cassation n'a pas entendu procéder elle-même au contrôle de proportionnalité, elle a ainsi apporté des précisions qui étaient de nature à encadrer les débats qui devaient se tenir devant la juridiction de renvoi. L'arrêt du 21 mars 2012 n'invite pas la juridiction de renvoi à effectuer une telle recherche, celle-ci apparaissant inutile en raison de l'arrêt du 9 janvier 2007 concluant que l'article 29 de la loi du 19 janvier 2000 emportait violation de l'article 1er du protocole nº 1.

La Cour de cassation a eu l'occasion de faire application de ces principes s'agissant des créances de rappel d'heures supplémentaires que pouvaient invoquer des salariés ayant été soumis, sans y avoir individuellement consenti, à un accord collectif de modulation du temps de travail. La Cour de cassation affirmait que l'instauration d'une modulation du temps de travail, qui a pour effet de modifier le mode de détermination des heures supplémentaires, constitue une modification du contrat de travail requérant l'accord exprès du salarié (Soc., 28 septembre 2010, pourvoi nº 08-43.161, *Bull.* 2010, V, nº 197). La loi nº 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives a introduit dans le code du travail une disposition contraire à cette règle, afin de mettre un terme à cette jurisprudence susceptible, selon les travaux parlementaires, de priver d'effet les accords d'annualisation du temps de travail. La Cour de cassation a dit pour droit que ce texte législatif, qui, modifiant l'état du droit existant, n'avait ni caractère interprétatif, ni effet rétroactif, n'était applicable qu'aux décisions de mise en œuvre effective de la modulation du temps de travail prises après sa publication (Soc., 25 septembre 2013, pourvois nºs 12-17.776, 12-17.777, *Bull.* 2013, V, nº 217). Le rapport du conseiller rapporteur révèle que cette solution de ne pas retenir un effet rétroactif à la loi nouvelle a été adoptée en considération de la nécessité de ne pas porter atteinte à une espérance légitime de créance salariale ayant une base suffisante en droit interne au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation.

Il convient de relever que cette jurisprudence relative à l'atteinte portée par une loi nouvelle aux intérêts patrimoniaux ne s'étend pas aux hypothèses dans lesquelles une interprétation nouvelle d'un texte législatif est susceptible de remettre en cause des situations antérieurement acquises. Ainsi, la Cour de justice de l'Union européenne considère que ce n'est qu'à titre tout à fait exceptionnel qu'elle peut, par application d'un principe général de sécurité juridique inhérent à l'ordre juridique de l'Union, être amenée à limiter la possibilité pour tout intéressé d'invoquer une disposition qu'elle a interprétée en vue de mettre en cause des relations juridiques établies de bonne foi. Selon sa jurisprudence, pour qu'une telle limitation puisse être décidée, il est nécessaire que deux critères essentiels soient réunis, à savoir la bonne foi des milieux intéressés et le risque de troubles graves (arrêt du 22 septembre 2016, Microsoft Mobile Sales International e. a., C-110/15, EU : C : 2016 : 717, point 60). Hormis ces circonstances exceptionnelles, elle affirme que le droit de l'Union, dans l'interprétation qu'elle retient, doit être appliqué par le juge national même à des rapports juridiques nés et constitués avant la décision d'interprétation et qu'en conséquence le droit de l'Union s'oppose à ce que les juridictions nationales protègent, sur le fondement du droit national, la confiance légitime des employeurs quant au maintien d'une jurisprudence incompatible avec sa décision d'interprétation (arrêt du 13 décembre 2018, Hein, C-385/17, EU : C : 2018 : 1018, points 61 à 63).

Chapitre 4. Reste-t-il un domaine d'inappropriable ?

Tout est-il donc devenu appropriable ? Existe-t-il, dans les rapports des personnes aux biens, un envers de la propriété qui laisserait en dehors de son domaine certains éléments ? Quelques témoignages de cette orientation se lisent au travers, non d'un rejet de la propriété, mais de la patrimonialisation, à l'instar de celle du corps humain, de ses éléments et produits. Le traitement du cadavre et des restes humains ne se plie pas, également, au régime du bien ordinaire (section 1). On peut aussi remarquer la rare sphère de repli de l'assiette de la propriété : la Cour de cassation est revenue sur sa consécration d'un droit à l'image du bien, prolongement du droit de propriété sur ce dernier, repli que l'on aurait pu lire comme fondé sur une volonté de laisser cette image hors du champ de la propriété pour dessiner ou consacrer un domaine public visuel profitant à tous (sauf trouble anormal au propriétaire du bien) ; ce que semble toutefois avoir dénié le Conseil constitutionnel [141] (section 2). Par ailleurs, la préférence est parfois donnée à la propriété publique, saisie comme davantage porteuse de la défense de l'intérêt général et d'une mise à disposition de tous (section 3). Mais, en définitive, on ne peut que noter la grande difficulté, et la rareté, avec laquelle la Cour de cassation manie les qualifications inverses à la propriété, à savoir celles de *res nullius*, *communis* et *delictae* (section 4). Pour cette dernière, il faut dire qu'un mouvement contraire se développe et que l'on peut augurer qu'il ne cessera de prendre de l'ampleur : la considération accrue des « biens négatifs », polluants ou nocifs, et le rejet de leur abandon, voire des demandes d'imposer leur ré-appropriation en vue d'allouer les risques qu'ils présentent [142].

Section 1. Le parallèle avec le rejet de la patrimonialisation du corps humains et de ses éléments

Le respect dû au corps mort, censé tomber du côté des choses à la cessation de la personnalité juridique, puise ses fondements dans des valeurs individuelles et collectives qui ont eu l'occasion d'être affirmées dans diverses décisions récentes de la Cour de cassation (§ I). De même la Cour a pu faire des applications renouvelées des principes relatifs au corps humain, ses éléments et produits (§ II).

§ I. Le rejet de la patrimonialisation du corps mort

Le respect dû aux personnes décédées ouvre la question du statut juridique du corps mort.

Si, pour la plupart des auteurs, il y a lieu d'assimiler la dépouille mortelle à une chose, il n'en reste pas moins que la question de la nature des droits pouvant porter sur celle-ci est particulièrement complexe, en présence de principes garantissant l'inviolabilité et la non-patrimonialité du corps humain.

---

[141]. Cons. const., 2 février 2018, décision nº 2017-687 QPC, *Association Wikimédia France et autre* [Droit à l'image des domaines nationaux], *cf. infra* et M. Cornu, « L'image des biens publics, le pas de deux du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », *Dalloz IP/IT*, septembre 2018, nº 9, p. 490-496 ; A. Bachert, « Voir et avoir devant le Conseil constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, 29 et 30 septembre 2018, nº 115, p. 634-644.

[142]. D. Chilstein, « Les biens à valeur vénale négative », *RTD civ.* 2006. 663 ; W. Dross, « De la revendication à la réattribution : la propriété peut-elle sauver le climat ? », *D.* 2017. 2553.

Le sujet est d'autant plus délicat qu'il est difficile d'envisager de la même manière le statut de la dépouille d'un proche et celui des vestiges humains figurant, par exemple, dans les collections muséales.

Dans le premier cas, il est communément admis que la famille dispose de droits collectifs, parfois qualifiés de copropriété familiale, la famille se trouvant ainsi investie du rôle de garant du respect dû au mort, bénéficiant à ce titre de certains droits relatifs à la disposition du corps, ces derniers étant toutefois limités par la volonté du défunt mais aussi par la loi qui, dans le souci d'assurer aux restes humains qu'ils soient traités avec respect, dignité et décence, impose un cadre juridique au déroulement des opérations funéraires ainsi qu'à la destination des restes, y compris des cendres. La dépouille est alors vue comme un bien extrapatrimonial sur lequel la famille exerce, selon certains auteurs, un droit collectif moral (M. Cornu, « Le corps humain au musée de la personne à la chose », *Recueil Dalloz,* 2009, p. 1907).

Dans le second cas, le lien familial se trouvant rompu, il existe en principe une distance plus grande entre le corps mort et la personne. La disposition juridique des restes humains et de leur éventuelle appropriation par des tiers est alors plus incertaine. Certains auteurs font entrer le corps dans la catégorie des choses communes, au sens de l'article 714 du code civil, le cadavre étant alors un bien qui n'appartient à personne mais dont l'usage est commun à tous. Dans cette logique, le cadavre ne peut être manipulé ou détenu par les vivants que dans le respect de ses dernières volontés, conjugué au respect d'un ordre public humain inspiré de règles supérieures que les dernières volontés ne peuvent en aucun cas contrarier (X. Labbée, « Interdiction de l'exposition "*Our body,* à corps ouvert" », *Recueil Dalloz,* 2009, p. 1192). On relèvera, par ailleurs, le cas particulier des collections des musées de France, biens placés sous le régime de la domanialité publique, échappant par nature à l'appropriation privée, et se trouvant de ce fait en principe inaliénables.

La préoccupation du législateur pour traiter la question de la protection du corps mort est relativement récente si l'on fait exception des dispositions pénales, qui condamnent toute atteinte à l'intégrité du cadavre ainsi que la violation ou la profanation, par quelque moyen que ce soit, de tombeaux, de sépultures, d'urnes cinéraires ou de monuments édifiés à la mémoire des morts, les peines se trouvant aggravées en présence d'atteinte à l'intégrité du cadavre (article 225-17 du code pénal).

Les dispositions du code civil relatives à la protection du corps humain issues des deux premières lois bioéthiques du 29 juillet 1994 (loi nº 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain et loi nº 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal), qui font bénéficier le corps humain d'une protection particulière, le distinguant des simples choses, n'ont dans un premier temps concerné que le corps vivant.

Le droit au respect du corps humain était ainsi vu par le législateur comme un droit subjectif de la personne devant logiquement disparaître en même temps que la personne, les morts n'ayant plus de personnalité juridique.

L'impératif de respect de la dignité de la personne, principe de valeur constitutionnelle (Cons. const., 27 juillet 1994, décision nº 94-343/344 DC, loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal), qui rayonne au-delà des seules dispositions du code civil, va toutefois conduire le législateur, quelques années plus

tard, à compléter les dispositions du code civil relatif à la protection du corps humain pour y prévoir un statut du cadavre.

La loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 relative à la législation funéraire crée ainsi l'article 16-1-1 du code civil, qui énonce que « le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées […] doivent être traités avec respect, dignité et décence ».

Les dispositions de l'article 16-2 du code civil, qui prévoient que « le juge peut prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte illicite au corps humain ou des agissements illicites portant sur des éléments ou des produits de celui-ci, y compris après la mort. » sont par ailleurs complétées par cette même loi afin de lever toute incertitude juridique sur leur applicabilité aux corps des personnes décédées.

Il ressort ainsi de ces dispositions que, si le corps humain est initialement protégé parce qu'il abrite une vie humaine, le cadavre humain, bien que devenu une chose, reste protégé à raison de son caractère de chose sacrée, la protection de la dignité de la personne humaine s'imposant après le décès.

La portée de ces dispositions a très certainement contribué à une clarification du droit existant. Ceci ne signifie toutefois pas qu'il n'existait aucune protection civile du cadavre avant l'entrée en vigueur de ces dispositions.

Le Conseil d'État avait ainsi jugé que les principes déontologiques relatifs au respect de la personne humaine, notamment en matière d'intégrité du corps, continuaient à s'imposer au médecin après le décès du patient (CE, 2 juillet 1993, n° 124960, publié au *Recueil Lebon*).

La Cour de cassation a été également amenée à reconnaître par la suite que « le principe d'ordre public, selon lequel le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort, préexistait à la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008, d'où est issu l'article 16-1-1 du code civil. » (1re Civ., 29 octobre 2014, pourvoi n° 13-19.729, *Bull.* 2014, I, n° 178).

L'existence de cette protection, qui fait du cadavre une chose sacrée, interroge toutefois quant à ses limites et notamment quant à la possibilité d'extraire dans tous les cas les restes humains du commerce, en excluant toute appropriation privée. La question a été posée à l'occasion de l'organisation d'une exposition à Paris (« *Our body* » / « À corps ouverts »), par une société privée, de cadavres mis en situation de pseudo-vie par le procédé de la plastinisation, technique permettant de préserver des tissus biologiques par le remplacement des différents liquides organiques par de la silicone.

Deux associations avaient demandé en référé la cessation de l'exposition, celle-ci constituant selon elles un trouble manifestement illicite au regard des articles 16 et suivants du code civil, L. 1232-1 du code de la santé publique, disposition organisant le prélèvement d'organes à des fins thérapeutiques ou scientifiques sur une personne morte, et 225-17 du code pénal. Soupçonnant par ailleurs un trafic de cadavres de ressortissants chinois prisonniers ou condamnés à mort, les demandeurs réclamaient la constitution de la société commerciale en séquestre des corps et pièces anatomiques présentés et la production par cette même société commerciale des divers documents lui permettant de justifier tant de leur introduction sur le territoire français que de leur cession par la fondation ou la société commerciale dont elle prétendait les tenir.

Le juge des référés du tribunal de grande instance de Paris (ordonnance rendue le 21 avril 2009, RG nº 09/53100) faisait droit à cette demande et interdisait de poursuivre l'exposition des corps et pièces anatomiques litigieuses. Se fondant sur l'article 16-1-1 du code civil, le juge relevait que « les cadavres et leurs démembrements ont d'abord vocation à être inhumés et incinérés ou placés dans des collections scientifiques de personnes morales de droit public » et que « la détention privée de cadavres est illicite ». Poursuivant son raisonnement, le juge retenait que la commercialisation des corps, par leur exposition, marquait une atteinte manifeste au respect dû au corps mort, tandis que la présentation des corps, « mettant en œuvre des découpages scientifiquement non légitimes, des colorations arbitraires et des mises en scène déréalisantes » constituait une atteinte à la décence. Enfin, il était souligné que les justifications présentées par les organisateurs de l'exposition, qui soutenaient poursuivre un objectif de formation scientifique du public, et bénéficier d'un assentiment des sujets, étaient en tout état de cause inopérantes, la loi ne faisant place au consentement qu'en cas de nécessité médicale avérée, celle-ci ne prévoyant par ailleurs pas l'utilisation des cadavres dans un but de formation ou d'information du public.

La cour d'appel de Paris (arrêt rendu le 30 avril 2009, troisième chambre, pôle 1, RG 09/09315) confirmait ce jugement retenant toutefois des motifs très différents. Elle justifiait l'interdiction par des considérations subjectives, soulignant que la preuve de l'origine licite et non frauduleuse des corps litigieux, et du consentement des personnes décédées à l'exposition de leur cadavre, n'était pas rapportée par la société organisatrice de l'événement. La cour d'appel paraissait ainsi admettre que l'atteinte objective au respect dû aux cadavres devrait s'incliner devant le droit de savoir et la liberté d'expression, dès lors que les doutes sur l'origine des cadavres pourraient être levés et qu'il y aurait un consentement.

Saisie de la question, la première chambre civile de la Cour de cassation (1re Civ., 16 septembre 2010, pourvoi nº 09-67.456, *Bull.* 2010, I, nº 174) rejette le pourvoi formé contre l'arrêt d'appel, en s'appuyant sur la motivation des premiers juges, en énonçant « qu'aux termes de l'article 16-1-1, alinéa 2, du code civil, les restes des personnes décédées doivent être traités avec respect, dignité et décence, et que l'exposition de cadavres à des fins commerciales méconnaît cette exigence ».

Cette motivation, qui retient la finalité commerciale comme étant l'élément essentiel pour fonder l'interdiction de l'exposition, trouvera un prolongement, dans un autre arrêt rendu quatre ans plus tard par la première chambre civile de la Cour de cassation, à l'occasion de l'examen de la licéité du contrat d'assurance, conclu par la société organisatrice de l'exposition, et ayant pour objet de garantir celle-ci de toute perte pécuniaire subie par suite de l'annulation de l'exposition litigieuse. Les assureurs avaient en effet refusé de prendre en charge les pertes pécuniaires qui en étaient découlées, faisant valoir principalement que le contrat signé était nul.

La Cour de cassation, dans un arrêt en date du 29 octobre 2014 (1re Civ., pourvoi nº 13-19.729, *Bull.* 2014, I, nº 178.), confirmant à cet égard la position des juges du fond, décidera de la nullité du contrat d'assurance, en rappelant la finalité commerciale poursuivie par l'exposition.

« Mais attendu que le principe d'ordre public, selon lequel le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort, préexistait à la loi nº 2008-1350 du 19 décembre 2008 d'où est issu l'article 16-1-1 du code civil ; qu'ayant relevé que le contrat d'assurance

souscrit le 7 novembre 2008 par la société Encore Events avait pour objet de garantir les conséquences de l'annulation d'une exposition utilisant des dépouilles et organes de personnes humaines à des fins commerciales, la cour d'appel en a exactement déduit que, bien qu'ayant été conclu avant l'entrée en vigueur de l'article 16-1-1 précité, le contrat litigieux avait une cause illicite et, partant, qu'il était nul ; ».

Il était ainsi fait application de ce que le caractère illicite d'une activité vicie les contrats qui concourent à son exercice.

Ces décisions s'inscrivent dans le respect du principe de non-patrimonialité du corps humain. Ceci n'interdit toutefois pas tout commerce du corps, puisque celui-ci peut faire l'objet d'un don : dons d'organes en présence d'une finalité thérapeutique ou scientifique ou don de son corps à la science. Ces utilisations du corps sont alors fondées par une démarche éthique, reposant sur la volonté exprimée par la personne de son vivant.

De la même manière, la solution ne concerne, *a priori,* pas les expositions dites « non commerciales », se trouvant ainsi préservées les momies présentées à titre purement historique ou culturel ainsi que les reliques montrées dans certains lieux de culte, sauf si elles venaient à manquer aux exigences de respect, dignité et décence. Dans ces hypothèses, l'exposition des vestiges humains bénéficie ainsi d'une légitimité propre, liée au souhait de préserver un témoignage de l'histoire, ou correspondant au respect d'un culte religieux, qui dans les deux cas les mettent à l'abri de tout soupçon d'ambition lucrative.

La force des principes de non-patrimonialité et d'inviolabilité du corps humain se mesure, dans ces décisions, à l'impossibilité de se fonder sur un consentement de la personne pour déroger à ces principes : la solution retenue le 16 septembre 2010 par la première chambre civile de la Cour de cassation (pourvoi n° 09-67.456, précité) rend ainsi inutile de savoir si ceux dont les dépouilles étaient ainsi exposées avaient consenti de leur vivant à ce traitement *post mortem*, puisque les juges se sont situés sur le terrain de l'ordre public.

Cette dernière décision rejoint ainsi l'avis du Comité consultatif national d'éthique (CCNE) qui, sollicité en 2010 sur les problèmes éthiques posés par l'utilisation des cadavres à des fins de conservation ou d'exposition muséale, relevait que : « Le consentement d'une personne à donner son corps à la science après son décès (pour des raisons anatomiques et pédagogiques) ne saurait être confondu avec un cautionnement de sa mise en scène *post mortem* à des fins commerciales. Il n'y a pas d'éthique sans consentement mais le consentement ne suffit pas à donner à une action sa légitimité éthique. La dignité du défunt vaut d'être prise en considération » (CCNE, Avis n° 111, 7 janvier 2010, page 13).

Le CCNE distingue ainsi nettement la portée du consentement pouvant être donné par une personne dans le cadre du don du corps à la science de celui qui pourrait être recueilli dans le cadre d'une utilisation du corps à finalité lucrative.

Ces décisions illustrent ainsi la singularité du corps humain, dont le régime juridique est fortement déterminé par le principe de dignité, qui permet de le placer à distance des volontés individuelles, qu'il s'agisse de celle du défunt ou de tiers.

§ II. Le rejet de la patrimonialisation des éléments et produits du corps humain

La chambre criminelle de la Cour de cassation a eu l'occasion de faire une application particulière du principe de l'indisponibilité du corps humain, posé à l'article 16-1 du code civil, à l'occasion du contentieux spécifique des demandes en restitution des objets placés sous main de justice. À cette occasion, la Cour de cassation a contribué, de manière caractéristique, à combler un vide législatif.

Au cours d'une enquête préliminaire, d'une enquête de flagrance ou d'une information judiciaire, les objets utiles à la manifestation de la vérité provenant d'une infraction ou utilisés pour la commettre peuvent être placés sous main de justice. Ici, la définition de la notion d'« objet » s'est sans cesse élargie, pour s'étendre aux immeubles, aux droits incorporels, aux créances, jusqu'à atteindre les éléments du patrimoine des personnes impliquées dans des procédures pénales, susceptibles de confiscation. Tout objet placé sous main de justice peut donner lieu à une restitution, qui peut être décidée d'office ou à la demande de toute personne qui prétend avoir un droit sur l'objet, en cours de procédure d'information par le juge d'instruction, ou par la juridiction de jugement. Lorsqu'aucune juridiction n'est saisie, il est statué sur la demande de restitution par le procureur de la République ou le procureur général, selon le degré de la dernière juridiction qui a statué, et la décision ainsi prise est susceptible de recours devant la chambre de l'instruction, selon les dispositions de l'article 41-4 du code de procédure pénale.

Des autopsies sont également pratiquées, lors des enquêtes criminelles ou visant à déterminer les causes de la mort, sur les personnes victimes qui sont décédées. À cette occasion, des prélèvements d'organes, de tissus et de produits du corps humain, tel le sang ou des résidus alimentaires, sont effectués, souvent en vue d'examens complémentaires, le corps de la victime étant ensuite rendu à sa famille. Ces prélèvements sont placés sous main de justice et conservés dans les établissements hospitaliers où ils ont été opérés, ou dans les laboratoires des experts qui ont eu à les examiner.

Les textes qui traitent de la restitution des objets placés sous main de justice n'opèrent pas de restriction selon leur nature. Tous peuvent, compte tenu de la généralité des termes employés par le législateur, par exemple aux articles 41-4 et 99 du code de procédure pénale, faire l'objet d'une demande de restitution. La restitution est refusée lorsque l'objet dont la restitution est demandée constitue l'instrument ou le produit de l'infraction, lorsque la propriété en est contestée, lorsque l'objet est susceptible de confiscation, ou que sa restitution présente un danger pour les personnes ou les biens.

Pour la première fois en 2002, la chambre criminelle de la Cour de cassation a eu à statuer sur la possibilité de restituer à la famille de la victime des organes et des tissus humains, prélevés lors d'une autopsie. Par une jurisprudence devenue constante, elle a répondu par la négative, estimant que de tels prélèvements, placés sous main de justice, ne peuvent faire l'objet d'une restitution.

La Cour de cassation a apporté cette solution pour la première fois, par un arrêt du 3 avril 2002 (Crim., 3 avril 2002, pourvoi n° 01-81.592, *Bull. crim.* 2002, n° 75), rendu sur un pourvoi contre un arrêt de la chambre d'accusation de la cour d'appel de Paris, du 31 octobre 2000, confirmant l'ordonnance du juge d'instruction qui clôturait l'information ouverte après un accident de la circulation où plusieurs personnes avaient trouvé la mort, la portée médiatique de cette affaire ayant été rendue considérable par la personnalité des

victimes. La règle a été posée par approbation de la motivation de la chambre d'accusation, mais sans faire l'objet d'une motivation spécifique édictée par la chambre criminelle de la Cour de cassation quand elle rappelle ou affirme un principe, habituellement introduite par l'une des expressions utilisées en pareil cas : « dès lors que » ou « qu'en effet ». La Cour de cassation se limite à énoncer dans cet arrêt : « pour confirmer l'ordonnance du juge d'instruction refusant de faire droit à la demande de restitution [...] les juges énoncent que les prélèvements effectués aux fins d'analyses dans le cadre d'une procédure judiciaire, que ce soit sur une personne vivante ou décédée, ne sont pas des objets susceptibles de restitution au sens de l'article 99 du code de procédure pénale ; Attendu qu'en prononçant ainsi, la chambre d'accusation a justifié sa décision ».

La demande de restitution ainsi rejetée visait plusieurs fondements : la généralité des termes de l'article 99 du code de procédure pénale qui prévoit la restitution de tous les objets placés sous main de justice, sans en exclure les prélèvements du corps humain, la possibilité de faire valoir sur ceux-ci des droits moraux et patrimoniaux, ainsi que le principe du respect de la vie privée.

Le laconisme de la Cour de cassation face à une question nouvelle ouvrait la porte à l'interprétation. Celle-ci a rattaché l'impossibilité de les restituer à la nature même de ces prélèvements, et aux raisons qui ont présidé à leur réalisation : « Ils font partie du dossier pénal, de ses éléments probatoires, à charge ou à décharge. Ils y sont en quelque sorte incorporés et ne sauraient en être distraits. Nul ne peut en disposer, ni la personne sur laquelle ils ont été prélevés, ni sa famille, pas même le juge d'instruction ou le ministère public, si ce n'est pour ordonner une contre-expertise ou pour ordonner leur destruction, lorsque les conditions de délai sont remplies. Ce type de scellés n'est pas restituable, par nature, en raison de son objet et de son affectation exclusive à la manifestation de la vérité » (D. Commaret, *RSC*, 2002, p. 842). L'auteur envisage la nécessité de la conservation de ces prélèvements, en cas de réouverture de la procédure, par exemple à la suite d'une requête en révision.

En 2010, la Cour de cassation a confirmé la solution de 2002, mais s'est appropriée la règle, et l'a affirmée, lui donnant un fondement, le principe de l'indisponibilité du corps humain, contenu dans le code civil : « qu'en effet, les prélèvements effectués sur le corps humain à des fins de recherches médico-légales pour les nécessités d'une enquête ou d'une information, qui ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial aux termes de l'article 16-1 du code civil, ne constituent pas des objets susceptibles de restitution au sens de l'article 41-4 du code de procédure pénale » (Crim., 3 février 2010, pourvoi n° 09-83.468, *Bull. crim.* 2010, n° 18). Elle a rejeté ainsi un moyen de cassation fondé à la fois sur la généralité des termes de l'article 41-4 du code de procédure pénale et le respect du principe de la vie privée et familiale.

Un arrêt non publié du 18 janvier 2011 a appliqué de nouveau cette règle, mais par une rédaction qui n'en précise plus le fondement : « Qu'en effet, les prélèvements effectués sur le corps humain à des fins de recherches médico-légales pour les nécessités d'une enquête ou d'une information, ne constituent pas des objets susceptibles de restitution au sens de l'article 99 du code de procédure pénale » (Crim., 18 janvier 2011, pourvoi n° 10-83.386).

Par ces décisions, la chambre criminelle de la Cour de cassation a été contrainte de combler un vide législatif, aucune disposition du code de procédure pénale ne venant alors

réglementer les autopsies médico-légales, ce qui a contraint le juge judiciaire à trancher seul une question soulevant des enjeux humains majeurs, portant sur le respect et la dignité de l'être humain, dans un contexte rendu d'autant plus douloureux pour des familles dans l'affliction qu'il s'inscrit dans un cadre rendu dramatique par les conditions du décès d'un des leurs.

Consciente que cette question de société touchait à des considérations morales appelant, de manière impérative, l'intervention du législateur, la Cour de cassation a demandé, dans son *Rapport annuel* pour l'année 2009, qu'intervienne un encadrement législatif des autopsies judiciaires, afin que soit réglée la question du sort des prélèvements humains qui y sont effectués. Ce rapport indique que cette question était alors examinée, à l'initiative des services du ministère de la justice, par un groupe de travail interministériel sur les scellés (Cour de cassation, *Rapport annuel* 2009, p. 32).

Le médiateur de la République est intervenu dans le même sens, en juillet 2009, demandant l'intervention du législateur pour fixer le régime juridique de l'autopsie, après avoir été saisi par des familles soulevant le problème du sort des prélèvements humains opérés à leur occasion, et déplorant des pratiques médicales attentatoires à la dignité du corps du défunt rendu dans un état inconvenant en vue des funérailles. À cette occasion, le médiateur suggérait de « définir un statut juridique spécifique aux prélèvements humains qui devrait notamment prévoir une obligation d'information de la famille avant la destruction des scellés. La restitution des organes prélevés à la demande des proches devrait également être permise, si celle-ci est jugée matériellement possible et dans des conditions d'hygiène strictement réglementées » (*Médiateur Actualités*, n° 49, juillet 2009, p. 5).

Deux propositions de loi ont envisagé d'encadrer le régime des autopsies et des prélèvements réalisés au cours de celles-ci. Une proposition de loi émanant de l'Assemblée nationale a prévu que les prélèvements réalisés au cours des autopsies judiciaires soient détruits sur décision de l'autorité judiciaire, les familles pouvant, par exception, obtenir leur restitution lorsqu'ils constituaient les seuls restes humains ayant permis l'identification du défunt (Assemblée nationale, 13e législature, proposition de loi n° 2615 du 9 juin 2010 de M. André Flajolet visant à renforcer l'encadrement juridique des autopsies judiciaires et l'information des familles sur les droits le 9 juin 2010). Une proposition sénatoriale ayant le même objet a été déposée quelques mois plus tard. Elle visait à autoriser la restitution, par l'autorité judiciaire, des organes et tissus humains prélevés lors d'une autopsie, aux fins d'inhumation ou d'incinération, à la personne ayant qualité pour pourvoir aux funérailles. Elle proposait aussi une information des proches de la victime, avant la destruction de ces prélèvements, en l'absence de restitution (Sénat, seconde session extraordinaire de 2009-2010, proposition de loi n° 736 du 29 septembre 2010 relative aux autopsies judiciaires, présentée par M. J.-P. Sueur).

La discussion d'une proposition de loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, devenue la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011, a été l'occasion de légiférer. Cette proposition de loi, dont l'initiative revenait à l'Assemblée nationale, a été enrichie, sur la suggestion du Sénat, en cours de discussion parlementaire, des dispositions devenues les articles 230-28 à 230-30 du code de procédure pénale, le gouvernement intervenant par voie d'amendement pour suggérer la rédaction, finalement retenue, de l'article 230-30 précité. Celui-ci prévoit que l'autorité judiciaire peut ordonner la destruction des prélèvements réalisés au cours d'une autopsie, quand ils « ne sont plus nécessaires à la manifestation de la vérité ». Leur restitution à la famille reste possible, en vue d'une inhumation

ou d'une crémation, mais dans le seul cas où ces prélèvements sont les seuls éléments ayant permis l'identification du défunt.

Ces dispositions constituent à ce jour le droit positif en ce domaine.

L'évolution décrite ci-dessus montre un cheminement caractéristique et, d'une certaine manière, exemplaire, de la création de la norme, compte tenu du dialogue dont elle a été l'occasion entre les pouvoirs publics.

Saisie d'une question posant un problème éthique grave, la restitution des prélèvements opérés au cours d'une autopsie, la Cour de cassation l'a tranchée, dans le silence des dispositions particulières propres à la procédure pénale, par référence et par extension d'un principe général tiré du code civil, l'indisponibilité du corps humain, qui est une composante du respect de l'être humain. La chambre criminelle de la Cour de cassation, d'abord en approuvant une juridiction du fond, en 2002, puis en déclinant, de manière expresse, le principe de l'indisponibilité du corps humain, prévu par le code civil, dans le domaine de la procédure pénale, en 2010, a fait œuvre créatrice. Consciente des limites de son intervention et de la responsabilité du législateur en ce domaine, elle a publiquement sollicité une organisation législative du régime des autopsies. Le médiateur de la République est intervenu dans le même sens, pour faire état des préoccupations des familles qui l'avaient saisi. Des parlementaires, par deux propositions de loi, émanant de chacune des assemblées, ont relayé cette démarche, traduite dans la loi à la faveur d'un débat parlementaire, le gouvernement ayant pesé sur la rédaction retenue.

Voici décrite, à l'occasion d'une question de société délicate, une conversation fructueuse, démocratique, entretenue, hors de tout climat polémique, entre des pouvoirs publics différents, Parlement, gouvernement, Cour de cassation, médiateur de la République qui, sans empiéter sur les compétences de l'autre, parviennent, dans un domaine douloureux, à ce qu'un vide normatif soit comblé, au terme d'un dialogue paisible et raisonnable. Peut-être un exemple à répéter ?

Section 2. La réduction de l'assiette de la propriété : l'évolution vers le rejet de la propriété de l'image des biens

Aux termes de l'article 544 du code civil, « la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».

C'est au visa de ce texte, et après avoir affirmé que « le propriétaire a seul le droit d'exploiter son bien, sous quelque forme que ce soit », que la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé, en 1999, que « l'exploitation du bien sous la forme de photographies porte atteinte au droit de jouissance du propriétaire » (1re Civ., 10 mars 1999, pourvoi nº 96-18.699, *Bull.* 1999, I, nº 87). Elle a donc censuré l'arrêt par lequel une cour d'appel avait retenu que la photographie, prise sans l'autorisation du propriétaire, d'un immeuble exposé à la vue du public et réalisée à partir du domaine public, ainsi que sa reproduction à des fins commerciales, ne constituaient pas une atteinte aux prérogatives reconnues au propriétaire.

De nombreux commentateurs y ont vu la consécration d'un droit à l'image des biens, permettant au propriétaire de s'opposer ou, à l'inverse, de consentir à l'utilisation, par un tiers, de l'image de son bien. Cette solution a été approuvée par certains, qui estimaient que « la liberté du commerce et de l'industrie, ainsi que l'égalité devant la loi, ne peuvent souffrir qu'un véritable marché de l'image s'établisse au profit des seuls photographes, agents et éditeurs et au détriment des propriétaires des biens immobiliers » (M. Serna, « Patrimonialisation de l'image et objectivisation du droit à et sur l'image », *JCP* 1999, éd. E, p. 819), et, au contraire, sévèrement critiquée par d'autres, au motif, notamment, que « cette secousse tellurique » pour la propriété littéraire et artistique remettrait en cause le principe de l'indépendance entre la propriété incorporelle et la propriété sur le support matériel affirmée par l'article L. 111-3 du code de la propriété intellectuelle (P.-Y. Gauthier, « Le droit subjectif sur l'image d'un bien, ou comment la Cour de cassation crée de la "para-propriété intellectuelle" », *JCP* 1999, éd. G, II, 10078).

Un arrêt rendu quelques mois plus tard a été analysé comme confirmant la reconnaissance, au profit du propriétaire, d'un droit patrimonial exclusif d'exploiter l'image de son bien, même si, pour retenir l'existence d'un trouble manifestement illicite résultant de la commercialisation de cartes postales représentant une péniche, la première chambre civile avait cette fois pris le soin de préciser que cette péniche était « le sujet principal de l'image » (1re Civ., 25 janvier 2000, pourvoi no 98-10.671, *Bull.* 2000, I, no 24).

Mais une telle interprétation a rapidement été battue en brèche. En effet, cette même chambre a, peu après, jugé qu'avait privé sa décision de base légale au regard de l'article 544 du code civil une cour d'appel qui avait interdit la diffusion d'une photographie, utilisée à des fins de publicité par un comité régional de tourisme et qui, malgré l'opposition de son propriétaire, représentait, au premier plan, l'îlot de Roch Arhon, « sans préciser en quoi l'exploitation de la photographie par les titulaires du droit incorporel de son auteur portait un trouble certain au droit d'usage ou de jouissance du propriétaire » (1re Civ., 2 mai 2001, pourvoi no 99-10.709, *Bull.* 2001, I, no 114). Le commentaire de cette décision paru au *Rapport annuel* 2001 de la Cour de cassation en précise la portée : « elle permet de compléter l'enseignement de l'arrêt de la chambre en date du 10 mars 1999 (*Bull.* 1999, no 87, *Dalloz* 199.319, conclusions Sainte-Rose, note Agostini) intervenu à propos d'un cas distinct : celui de la photographie du bien d'autrui prise et utilisée à titre commercial. Tandis que ce dernier type d'utilisation requiert l'autorisation du propriétaire en raison de l'atteinte portée au *fructus*, l'emploi non mercantile est licite, même contre le gré du propriétaire, dès lors que n'est constatée aucune captation des utilités inhérentes à son droit ». Et d'ajouter : « s'il y a bien en jurisprudence un droit de la personne sur sa propre image – l'image de la personne, c'est la personne – il n'y a pas de droit de la personne sur l'image de son bien : il y a un droit de propriété sur le bien, qui permet à son titulaire, au fondement de l'article 544 du code civil, de s'opposer à une expropriation de son *fructus* ou de son *usus* : en l'espèce, la photographie, réalisée sans pénétration sur le fonds et en vue de la promotion d'une région par une association n'en retirant aucun intérêt pécuniaire, ne lésait ni l'une ni l'autre prérogatives ».

Dans ces conditions, l'arrêt du 5 juin 2003 (2e Civ., 5 juin 2003, pourvoi no 02-12.853, *Bull.* 2003, II, no 175), par lequel la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a qualifié d'erroné le motif selon lequel « le "droit à l'image" serait un attribut du droit de propriété », ne constitue pas un revirement de jurisprudence, bien qu'il ait très largement été regardé comme tel par la doctrine.

Et, si l'assemblée plénière de la Cour de cassation s'est finalement réunie, en 2004, pour se pencher à nouveau sur cette question, c'est, comme nous l'enseigne le commentaire de son arrêt paru au *Rapport annuel* 2004 (p. 346), non pas en raison d'une divergence de jurisprudence entre ses chambres, mais parce que « la virulence de certains auteurs et la résistance des juges du fond justifiaient que la question fût clarifiée ». Le litige opposant la société civile immobilière propriétaire de l'Hôtel de Giraucourt, à Rouen, à une société de promotion immobilière qui avait inséré dans ses documents publicitaires une reproduction dudit bâtiment, lui en a donné l'occasion. Par arrêt du 7 mai 2004, elle a ainsi solennellement affirmé que « le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci » et « qu'il peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal » (Ass. plén., 7 mai 2004, pourvoi n° 02-10.450, *Bull.* 2004, Ass. plén., n° 10).

Dans le commentaire précité, on peut lire que, « consciente de l'importance des enjeux sociaux et économiques, notamment pour le monde de l'édition, mais aussi soucieuse de la nécessité de préserver les droits légitimes des propriétaires, la Cour de cassation, dans sa formation plénière, s'est attachée à rechercher le critère susceptible d'assurer le juste équilibre entre ces différents intérêts. La notion d'exploitation à laquelle s'était référée la première chambre dans son arrêt de 1999 ayant démontré ses limites […], c'est à la notion de trouble qu'elle a préféré se référer, posant en principe que si le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci, il peut toutefois (mais seulement) s'opposer à son utilisation par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal, celui-ci devant s'entendre au sens du droit des biens, comme étant caractérisé dès lors qu'il y a atteinte à un droit individuel, c'est-à-dire, dans le cas considéré, dès lors qu'il y aura utilisation de l'image d'un bien impliquant une contradiction, une contestation, une atteinte intolérable au droit du propriétaire et ce trouble étant constitué indépendamment de la bonne ou de la mauvaise foi de son auteur. ».

Depuis cette date, il ne fait donc plus de doute qu'il n'existe pas de droit à l'image des biens, qui serait rattaché au droit de propriété, et que le propriétaire d'un bien ne peut s'opposer à l'utilisation de l'image de celui-ci qu'à la condition de rapporter la preuve qu'elle lui cause un trouble anormal.

Faisant application de ces principes, la Cour de cassation a ainsi écarté l'existence d'un trouble anormal résultant de la reproduction, dans un volume de la collection intitulée « Le patrimoine des communes de France », de la photographie d'une maison, accompagnée de précisions localisatrices, historiques et architecturales (1re Civ., 5 juillet 2005, pourvoi n° 02-21.452, *Bull.* 2005, I, n° 297). De la même manière, elle a considéré que la reproduction de la façade du Moulin rouge sur des trousses d'écolier, tapis de souris et dessous de verre ne caractérisait pas un trouble anormal au droit de propriété de la société auquel cet immeuble appartenait (Com., 31 mars 2015, pourvoi n° 13-21.300, *Bull.* 2015, IV, n° 60). À l'inverse, elle a approuvé une cour d'appel d'avoir retenu qu'une société propriétaire d'un domaine viticole subissait un trouble anormal du fait de la commercialisation, par une société concurrente, de bouteilles de vin de la même appellation, avec une étiquette comportant une représentation du château lui appartenant (1re Civ., 28 juin 2012, pourvoi n° 10-28.716).

Le Conseil d'État a récemment adopté une position identique concernant l'image des propriétés publiques. Saisi d'une affaire opposant l'établissement public du domaine national de Chambord à la société Les Brasseries Kronenbourg, laquelle avait utilisé une

photographie de la façade du château pour assurer la promotion de l'une de ses marques de bière, la Haute juridiction administrative a, par une décision d'Assemblée du 13 avril 2018, affirmé que « l'autorité administrative ne saurait, en l'absence de disposition législative le prévoyant, soumettre à un régime d'autorisation préalable l'utilisation à des fins commerciales de prises de vues d'un immeuble appartenant au domaine public, un tel régime étant constitutif d'une restriction à la liberté d'entreprendre et à l'exercice du droit de propriété » (CE, 13 avril 2018, nº 397047, Établissement public du domaine national de Chambord, publié au *Recueil Lebon*). Ainsi, les personnes publiques ne bénéficient, pas plus que les personnes privées, d'un droit exclusif sur l'image des biens leur appartenant. Elles peuvent, cependant, « demander réparation du préjudice résultant d'une utilisation de cette image qui lui aurait causé un trouble anormal, dans les conditions définies par la jurisprudence de la Cour de cassation », une telle action indemnitaire relevant, néanmoins, de la compétence de la juridiction judiciaire (*ibid.*).

Le droit à l'image des biens n'est toutefois pas totalement absent de notre paysage juridique. En effet, la loi nº 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de création, à l'architecture et au patrimoine a inséré au code du patrimoine un nouvel article L. 621-42 qui, en son premier alinéa, énonce que : « L'utilisation à des fins commerciales de l'image des immeubles qui constituent les domaines nationaux, sur tout support, est soumise à l'autorisation préalable du gestionnaire de la partie concernée du domaine national. Cette autorisation peut prendre la forme d'un acte unilatéral ou d'un contrat, assorti ou non de conditions financières. ». Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a déclaré l'article L. 621-42 du code du patrimoine conforme à la Constitution, après avoir, notamment, relevé qu'« en adoptant les dispositions contestées, le législateur a entendu protéger l'image des domaines nationaux afin d'éviter qu'il soit porté atteinte au caractère de biens présentant un lien exceptionnel avec l'histoire de la Nation et détenus, au moins partiellement, par l'État » et qu'« il a également entendu permettre la valorisation économique du patrimoine que constituent ces domaines nationaux », sans porter « d'atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété » (Cons. const., 2 février 2018, décision nº 2017-687 QPC, Association Wikimédia France et autre).

Rejeté du champ de la propriété privée, c'est, finalement, dans la sphère de la propriété publique que le droit à l'image des biens a reçu une véritable consécration.

Section 3. Les domaines de préférence pour la propriété publique

Au nom de l'intérêt général, la propriété privée fait l'objet de limitations. La propriété publique lui est parfois préférée, pour son affectation supposée plus forte à cet intérêt général.

Les enjeux juridiques auraient pu porter sur la constitution d'un domaine inappropriable, hors du champ de la propriété. Cependant, le droit, consacrant par ailleurs la notion de propriété comme un des piliers du contrat social, a conservé cette notion pour appréhender les conditions de conservation de l'intégrité du domaine public.

S'est alors posée la question de la conciliation de l'impératif d'intérêt général avec la garantie des attributs de la propriété privée : à quelles conditions peut-on établir une

préférence pour la propriété publique au détriment de la propriété privée ? On rencontre cette interrogration dans des décisions ayant eu à régir des archives (§ I), des biens culturels (§ II) ou des terres comprises dans la zone des cinquante pas géométriques (§ III).

§ I. La préférence pour la propriété publique en matière d'archives

Très récemment, relativement à des archives, la Cour de cassation a précisé les contours de l'action en revendication de l'État (A) en apportant des clarifications sur les critères de reconnaissance de la nature publique des archives (B).

A. L'action en revendication et la nature publique des archives

Une première affaire, dont la Cour de cassation est saisie en 2014, porte sur un fonds documentaire composé de plans, dessins et cartes réalisés à l'occasion de campagnes napoléoniennes, que les descendants d'un général commandant le corps du génie avaient conservés depuis le décès de leur ancêtre en 1833. En 2003, alors qu'ils avaient décidé d'aliéner une partie de ce fonds au cours d'une vente publique, le ministre de la défense s'y opposa puis saisit le tribunal administratif d'une demande tendant à ce que certains documents lui soient restitués.

Alors que cette juridiction avait reconnu la qualité d'archives publiques aux documents (TA Poitiers, 17 décembre 2008, n° 0602288), le Tribunal des conflits, saisi par le Conseil d'État (CE, 9 novembre 2011, n° 331500, mentionné dans les tables du *Recueil Lebon*), décida que les tribunaux judiciaires étaient seuls compétents pour connaître de l'action en revendication sous réserve d'une éventuelle question préjudicielle posée au juge administratif « en cas de difficulté sérieuse portant sur la détermination du caractère public desdites archives » (Tribunal des conflits, 9 juillet 2012, n° 3857, publié au *Recueil Lebon*).

Schématiquement, deux thèses s'opposaient :

– pour le ministre de la défense, dès lors qu'un document est établi pour l'État, par un agent de l'État, dans l'exercice de ses fonctions, il s'agit d'une archive publique ;

– pour les premiers juges, les circonstances de l'espèce devaient conduire à considérer ces archives comme privées pour les motifs suivants :
• les documents conservés étaient, en grande partie, des « doubles ou copies ». Cette thèse pouvait s'appuyer sur une jurisprudence de 1865 selon laquelle échappent à la propriété de l'État les documents qu'un fonctionnaire « aurait pu détruire sans manquer à son devoir, et qu'il a conservés » (CA Paris du 11 décembre 1865, *D*. 1865, II, p. 222) ;
• l'administration avait, implicitement mais nécessairement, reconnu le caractère privé des archives ;
• l'État, depuis deux siècles, s'était abstenu de toute revendication, son action ayant pour but la reconstitution de fonds perdus.

La Cour de cassation juge que de tels motifs sont impropres à exclure le caractère public des archives et que la cour d'appel aurait dû rechercher, comme il le lui était demandé, si les documents n'avaient pas été établis par le général et ses subordonnés dans

l'exercice de leurs fonctions (1re Civ., 21 octobre 2015, pourvoi nº 14-19.807, *Bull.* 2015, I, nº 253, *AJDA* 2015, p. 2012).

B. Les critères de reconnaissance des archives publiques

Cet arrêt de 2015 s'inscrit dans la continuité des jurisprudences judiciaires et administratives.

Il n'est pas nécessaire, pour que le caractère d'appartenance au domaine public soit reconnu à des archives publiques, qu'elles aient été préalablement classées dans un dépôt public de l'État (CA Nancy, 16 mai 1896, Dufresne c. État, *D.* 1896, II, p. 411 et CE, 9 novembre 2011, nº 331500 précité).

L'appartenance du fonds d'archives est déterminée par la nature et l'origine des archives en application des dispositions combinées des articles L. 2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques (CG3P) et L. 211-4 du code du patrimoine, dont le principe était acquis dès l'Ancien Régime : s'il s'agit d'archives publiques, elles appartiennent à l'État (confirmé par 1re Civ., 12 juin 2018, pourvoi nº 17-19.751, *AJDA* 2018, p. 1248). À la différence des biens immobiliers du domaine public, la propriété des archives par une personne publique n'est pas une condition de leur appartenance au domaine public mais une conséquence (CE, 9 novembre 2011, précité, conclusions de N. Escaut, p. 3).

Sur ce dernier point, la première chambre civile de la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser quelques mois plus tard, à propos d'archives annotées par Philippe Pétain en 1940, que le caractère public d'une archive de l'État est déterminé par le constat qu'elle procède de l'activité de celui-ci dans sa mission de service public (1re Civ., 22 février 2017, pourvoi nº 16-12.922, *Bull.* 2017, I, nº 43 ; *AJDA* 2017, p. 974 ; D. 2017, p. 1031 ; *JCP Adm.* 2017, act. 178).

Lors d'une vente aux enchères publiques organisée en 2008, un libraire avait acquis un tapuscrit du discours radiophonique de Philippe Pétain du 30 octobre 1940, « c'est moi seul que l'histoire jugera », deux écrits sur l'entrevue de Montoire, une transcription de l'appel du 18 juin 1940 annotée et un brouillon du discours du 8 juillet 1940. Saisie par l'État, la cour d'appel de Paris avait décidé par arrêt du 24 novembre 2015 que les documents constituaient des archives publiques et, en conséquence, ordonné leur restitution à l'État.

Devant la Cour de cassation, le libraire contestait cette qualification en soutenant que de simples brouillons et travaux préparatoires, dont les différences avec les documents définitifs étaient selon lui insignifiantes, ne pouvaient avoir le caractère d'archives publiques en ce qu'ils n'avaient aucune valeur historique.

Pour rejeter le pourvoi, la Cour de cassation écarte très clairement ce critère de la « valeur » des documents et indique « qu'après avoir constaté que certains documents émanaient de Philippe Pétain, alors chef de l'État français, la cour d'appel a exactement décidé, abstraction faite des motifs surabondants portant sur la valeur historique de ces écrits, qu'ils avaient la qualité d'archives publiques ».

La cour d'appel de Paris avait constaté que les documents émanaient « d'un homme public dans l'exercice de ses fonctions publiques de chef de l'État français ». La question

de savoir si des documents provenant du gouvernement de Vichy relevaient de l'activité de « l'État » n'était pas discutée devant la Cour de cassation. La question s'est posée peu après, à propos d'archives de la France libre, devant le Conseil d'État, qui a retenu que les documents procédant de l'autorité de fait, « gouvernement de l'État français », « doivent être regardés » comme des archives publiques (CE, 13 avril 2018, nº 410939, publié au *Recueil Lebon*, E. Crépey « Les manuscrits du général de Gaulle à Londres : des archives d'État », *RFDA*, mai-juin 2018, nº 3, p. 531 ; F. Melleray, « Où était l'État français entre 1940 et 1944 ? », *RFDA* 2018, p. 770 ; S. Roussel et C. Nicolas, « Manuscrits de de Gaulle (1940-1942) : l'histoire à l'épreuve du droit », *AJDA* 2018, p. 973 ; O. Beaud, « Retour sur la question des télégrammes du général de Gaulle », *D.* 2018, p. 2373).

§ II. L'inaliénabilité des biens culturels publics et l'imprescriptibilité de l'action de l'État

Encore plus récemment, la Cour de cassation a précisé son office protecteur du domaine public à l'occasion du pourvoi d'un antiquaire qui contestait l'action en revendication de l'État à l'égard du « fragment à l'Aigle », pierre sculptée provenant du jubé de la cathédrale de Chartres détruit en 1763 (1re Civ., 13 février 2019, pourvoi nº 18-13.748, publié au *Bulletin* ; *cf.* M.-C. de Montecler, « La Cour de cassation protectrice du domaine public », *AJDA* 2019, p. 36 ; *D.* 2019, p. 309).

Dans un premier temps, la première chambre civile de la Cour de cassation a renvoyé au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité (1re Civ., 5 septembre 2018, QPC nº 18-13.748 ; P. Noual, *JCP* 2018, act. 961) qui a permis d'établir la conformité à la Constitution de l'article L. 3111-1 du code général de la propriété des personnes publiques prévoyant l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité des biens du domaine public (Cons. const., 26 octobre 2018, décision nº 2018-743 QPC ; *AJDA* 2018, p. 2103).

Le Conseil constitutionnel a clairement affirmé, d'une part, qu'aucun droit de propriété sur un bien appartenant au domaine public ne peut être valablement constitué au profit de tiers et, d'autre part, qu'un tel bien ne peut faire l'objet d'une prescription acquisitive en application de l'article 2276 du code civil au profit de ses possesseurs successifs, même de bonne foi.

Alors que l'antiquaire invoquait sa bonne foi et l'article 2276 du code civil selon lequel « en fait de meubles possession vaut titre », la première chambre civile de la Cour de cassation tire les conséquences de la décision du Conseil constitutionnel en énonçant que « la protection du domaine public mobilier impose qu'il soit dérogé à l'article 2279, devenu 2276 du code civil ». Elle s'appuie sur la motivation de la cour d'appel selon laquelle ce fragment correspond à celui extrait en 1848 du sol de la cathédrale, à une époque où le bâtiment relevait du domaine public de l'État, pour considérer qu'il s'en déduisait nécessairement que le fragment à l'Aigle avait intégré à cette date le domaine public mobilier.

Mais la première chambre civile devait également répondre au moyen pris de la méconnaissance de l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Pour ce faire, après avoir reconnu que l'action en revendication exercée par l'État relève de ce protocole dès lors qu'elle s'exerce à l'égard d'une personne qui, ayant acquis ce bien de bonne foi, « pouvait

nourrir une espérance légitime de le conserver ou d'obtenir une contrepartie », elle procède à un contrôle de proportionnalité en quatre temps :

1. S'il existe, en effet, une ingérence constituée par l'inaliénabilité du bien et l'imprescriptibilité de l'action en revendication, celle-ci est prévue par une disposition légale en vigueur et accessible : l'article L. 3111-1 du CG3P, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques ;

2. Cette disposition, qui prévoit qu'aucun droit de propriété sur un bien appartenant au domaine public ne peut être valablement constitué au profit de tiers et que ce bien ne peut faire l'objet d'une prescription acquisitive en application de l'article 2276 du code civil au profit de ses possesseurs successifs, même de bonne foi, est à la fois claire et prévisible ;

3. L'ingérence poursuit un but légitime, au sens du protocole, dès lors que la protection de l'intégrité du domaine public relève de l'intérêt général ;

4. L'ingérence est proportionnée eu égard au but légitime poursuivi, l'action en revendication étant la seule mesure de nature à permettre à l'État de recouvrer la plénitude de son droit de propriété.

Cette dernière formulation, qui marque le souci de procéder à un contrôle de proportionnalité englobant toutes les hypothèses où le droit de propriété de l'État est menacé, est directement inspirée d'un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation aux termes duquel l'expulsion et la démolition sont les seules mesures « de nature à permettre au propriétaire de recouvrer la plénitude de son droit sur le bien » (3e Civ., 17 mai 2018, pourvoi n° 16-15.792, publié au *Bulletin*).

Quelques mois plus tôt, le Conseil d'État avait intégré un pleurant du tombeau de Philippe le Hardi dans le domaine public, ce qui autorisait le ministre de la culture à en exiger la restitution (CE, 21 juin 2018, n° 408822, mentionné dans les tables du *Recueil Lebon*).

Certains ont pu voir dans ces décisions une instrumentalisation des règles d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité aux fins de servir les intérêts de l'État, notamment pour capter des biens à dimension culturelle en période de tension budgétaire (J.-F. Giacuzzo, « Le pleurant n° 17 du tombeau de Philippe le Hardi : histoire d'un meuble national », *RFDA* 2018, p. 1057). L'analyse même des notions d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité a été critiquée en ce qu'elle pouvait favoriser l'iniquité de l'appropriation autoritaire par l'État de biens mobiliers culturels (N. Bettio, « La conformité de l'article L. 3111-1 CGPPP à la Constitution : l'impossible indemnisation des acquéreurs de bonne foi d'un meuble du domaine public ? » *Constitutions* 2018, p. 533).

Reste que la jurisprudence, qui avance à pas feutrés dans un champ peu familier où se mêlent les arguments historiques et philosophiques, n'est intervenue qu'à de très rares occasions dans le domaine de la protection de la propriété de l'État. Il est probable que l'avenir donnera l'occasion aux juridictions d'affiner leur analyse, en particulier pour préciser les conditions dans lesquelles le détenteur de bonne foi peut agir, soit en garantie d'éviction contre son vendeur sur le fondement de l'article 1626 du code civil, soit en demande indemnitaire préalable, le Comité interministériel aux Archives de France (*Vademecum*, « La revendication des archives publiques », 2016, p. 26), envisageant qu'une telle demande peut être présentée à l'administration en remboursement des « frais

engagés pour la conservation et la restauration du document » ou en réparation d'un « préjudice du fait de l'action tardive et fautive de la personne publique ».

§ III. La zone des cinquante pas géométriques

La zone des cinquante pas géométriques a été instituée au XVIIe siècle pour assurer la défense des possessions françaises aux Antilles. À présent, elle concerne les cinq départements d'outre-mer. L'édit de Saint-Germain-en-Laye de décembre 1674 avait rattaché la zone des cinquante pas au domaine de la Couronne, tout en validant les mutations consenties entre particuliers antérieurement. Les terres concernées sont donc devenues inaliénables et imprescriptibles, ce que l'ordonnance du 9 février 1827 concernant les gouvernements de la Martinique, de la Guadeloupe et de ses dépendances confirmera. Mais au fil du temps, de nombreux empiétements ont été tolérés de la part de particuliers qui s'y sont installés, souvent pour y établir leur habitat. Un décret du 21 mars 1882 supprimant l'inaliénabilité des cinquante pas géométriques à la Guadeloupe a donc fixé l'étendue de la zone réservée à l'État sur le littoral de la Guadeloupe et prévu la délivrance soit de titres de propriété pour les terrains bâtis occupés de longue date ou de bonne foi soit de concessions irrévocables de terrains nus accordées par décret en Conseil d'État. Les mêmes dispositions ont été étendues à la Martinique par décret du 4 juin 1887. Dans les années qui ont suivi et jusqu'au milieu du XXe siècle, de nombreuses transactions sont intervenues entre l'État et des particuliers ou entre particuliers. Pour mettre fin à une gestion anarchique de la réserve domaniale, le décret n° 55-885 du 30 juin 1955 relatif à l'introduction dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane française, de la Martinique et de la Réunion de la législation et de la réglementation métropolitaines concernant le domaine public maritime et l'exécution des travaux mixtes, et modifiant le statut de la zone dite « des cinquante pas géométriques » existant dans ces départements a rattaché la zone des cinquante pas géométriques au domaine privé de l'État, à l'exception des parcelles appartenant à des personnes publiques ou à des particuliers en vertu de titres antérieurs, tout en supprimant les tolérances d'usage dont bénéficiaient les riverains. Une procédure de reconnaissance des droits acquis par les particuliers a été instituée, à charge pour les intéressés de soumettre leurs titres pour validation à une commission à caractère juridictionnel qui, cependant, a été assez rarement saisie.

La loi n° 86-2 du 3 janvier 1986 relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral (dite « loi littoral ») a réintégré la zone des cinquante pas géométriques dans le domaine public maritime de l'État, sans en modifier les limites. Toutefois, en ont été exclus les biens affectés par l'État à des missions de service public, ainsi que les terrains acquis en pleine propriété par des personnes publiques ou privées pouvant justifier de leurs droits soit par la validation de leur titre en application du décret n° 55-885 de 1955 précité, soit en vertu d'un titre délivré par l'État postérieurement.

Par ailleurs, des assouplissements au principe d'inaliénabilité ont été prévus pour permettre la cession, après déclassement, de certaines parcelles. La loi n° 96-1241 du 30 décembre 1996 relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur de la zone dite des cinquante pas géométriques dans les départements d'outre-mer a ainsi réduit l'assiette de la zone à ce qui est nécessaire à l'intérêt général et autorisé l'État à céder des terrains gratuitement aux communes et à titre onéreux aux particuliers. Une nouvelle procédure de validation des titres a été instituée. La commission départementale de vérification des titres, composée de magistrats, « apprécie la validité de tous les titres anté-

rieurs à l'entrée en vigueur du décret du 30 juin 1955 qui n'ont pas été examinés par la commission prévue en son article 10, établissant les droits de propriété réels ou de jouissance sur les terrains précédemment situés sur le domaine de la zone des cinquante pas géométriques dont la détention par la personne privée requérante n'était contrariée par aucun fait de possession d'un tiers à la date du 1er janvier 1995 » (article L. 892 de l'ancien code du domaine de l'État). À peine de forclusion, les titres devaient être soumis à la commission dans les deux ans de sa constitution.

L'article L. 5112-3 du code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP), issu de l'ordonnance nº 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques, reprend ce dispositif à législation constante. La zone des cinquante pas géométriques en Martinique (3 000 hectares), Guadeloupe (4 780 hectares), Guyane et à la Réunion est désormais régie par les articles L. 5111-1 à L. 5113-2 du CGPPP. Aux termes de l'article L. 5111-2 du CGPPP, « la réserve domaniale dite des cinquante pas géométriques est constituée par une bande de terrain délimitée dans les départements de la Réunion, de la Guadeloupe et de la Martinique. Elle présente dans le département de la Guyane une largeur de 81,20 mètres comptée à partir de la limite du rivage de la mer tel qu'il a été délimité en application de la législation et de la réglementation en vigueur à la date de cette délimitation ». La largeur de la zone n'est ainsi pas précisée par la loi pour la Guadeloupe, la Martinique et la Réunion, mais celle de 81,20 mètres à partir de la ligne des plus hautes marées constitue la référence admise (à l'exception de la Réunion où le tracé avait déjà été délimité).

L'appartenance de la zone au domaine public maritime de l'État est réaffirmée (CE, 14 septembre 2015, nº 391245, publié au *Recueil Lebon*), sous réserve des droits des tiers. Les droits des tiers détenteurs de titres qui n'ont pas été examinés par la commission prévue par les dispositions de l'article 10 du décret du 30 juin 1955 sont appréciés dans les conditions particulières suivantes.

La commission départementale de vérification des titres, créée dans chacun des départements de la Guadeloupe et de la Martinique par le I de l'article 1er de la loi nº 96-1241 du 30 décembre 1996 précitée, apprécie la validité de tous les titres antérieurs à l'entrée en vigueur de ce décret, établissant les droits de propriété, réels ou de jouissance sur les terrains précédemment situés sur le domaine de la zone des cinquante pas géométriques dont la détention par la personne privée requérante n'était contrariée par aucun fait de possession d'un tiers à la date du 1er janvier 1995 (article L. 5112-3, alinéas 1 et 2, du CGPPP).

Sous l'empire du décret de 1955, qui confiait à la commission de vérification la tâche de « déterminer les droits que les particuliers ou les collectivités locales pourraient avoir sur les terrains de la zone des cinquante pas géométriques » (article 10) sans plus de précision sur l'origine de ces titres, la Cour de cassation avait retenu que seuls les titres délivrés par l'État pouvaient être validés (1re Civ., 2 février 1965, nº 94 ; 1re Civ., 2 février 1965, nº 95) et cette solution a été maintenue après l'entrée en vigueur de la loi nº 96-1241 du 30 décembre 1996 précitée (III, nº 221 ; 3e Civ., 8 février 2006, pourvoi nº 04-18.916 ; 3e Civ., 7 mars 2006, pourvoi nº 04-19.170 ; 3e Civ., 14 novembre 2007, pourvoi nº 06-18.482 ; 3e Civ., 27 novembre 2007, pourvoi nº 06-16.826 ; 3e Civ., 17 mars 2009, pourvoi nº 08-11.050).

Saisi d’une question prioritaire de constitutionnalité (3e Civ., 30 novembre 2010, QPC nº 10-16.828, *Bull*. 2010, III, nº 7), le Conseil constitutionnel a jugé que l’article L. 5112-3 du code général de la propriété des personnes publiques, tel qu’interprété par la Cour de cassation (exigence d’un titre antérieur à l’entrée en vigueur du décret nº 55-885 du 30 juin 1955 précité, délivré ou validé par l’État), ne méconnaît aucun des droits ou libertés que la Constitution garantit (Cons. const., 4 février 2011, décision nº 2010-96, QPC, M. Jean-Louis de L. [Zone des 50 pas géométriques]). Il a également été jugé que le refus de la validation d’un titre qui, émanant d’une personne privée, n’établit pas que l’État a entendu soustraire le bien de son domaine public, n’est pas contraire à l’article 1er du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l’homme (Avis, 3e Civ., 4 mai 2011, pourvoi nº 09-70.161, *Bull*. 2011, III, nº 67).

La détention dont doit justifier la personne qui sollicite la validation d’un titre ne doit pas être contrariée par la possession d’un tiers à la date du 1er janvier 1995, ce qui suppose la preuve d’un acte matériel de jouissance de la parcelle (3e Civ., 27 juin 2007, pourvoi nº 06-14.113, *Bull*. 2007, III, nº 115). Réciproquement, cette détention n’est contrariée par la possession d’un tiers qu’en présence de faits matériels de possession que le juge est tenu de caractériser (3e Civ., 14 novembre 2007, pourvoi nº 06-20.675 ; 3e Civ., 19 novembre 2015, pourvoi nº 14-24.255, *Bull*. 2015, III, nº 120).

Enfin, l’irrecevabilité de la demande fondée sur un titre postérieur au décret nº 55-873 du 30 juin 1955 précité ne donne pas lieu à indemnisation (3e Civ., 17 mars 2016, pourvoi nº 14-20.205, *Bull*. 2016, III, nº 40).

Section 4. La difficile reconnaissance de l’inappropriable

Peut-on lire, dans les décisions de la Cour de cassation, un envers de la propriété, c’est-à-dire la consécration et la protection d’un domaine d’inappropriable ? La moisson est mince tant on ne peut trouver que de faibles traces des qualifications dédiées dans la jurisprudence pénale (§ I) comme civile (§ II).

§ I. La difficile reconnaissance de l’inappropriable dans la jurisprudence pénale

La notion d’inappropriable renvoie aux concepts classiquement développés par la doctrine : ne peuvent être considérées comme appropriable et ne peuvent, en conséquence et par exemple, faire l’objet d’une soustraction frauduleuse ni les choses sans maître ni les choses abandonnées.

La jurisprudence, notamment de la chambre criminelle, fait un usage prudent de ces concepts et n’admet que très exceptionnellement le moyen de défense consistant à faire valoir que ce que présente la prévention comme étant la chose d’autrui est, en réalité, soit une *res nullius*, ou encore une *res communis* (A), soit une *res derelictae* (B).

A. Une possible extension de la notion de chose sans maître ?

Les choses sans maître, dans une conception traditionnelle, « ont pour dénominateur commun la nature » (A. Mihman et M.-P. Lucas de Leyssac, *Répertoire de droit pénal et*

de procédure pénale, *Dalloz*, v° Vol, actualisation : août 2017) et n'appartiennent qu'« au premier occupant, c'est-à-dire à celui qui s'en empare le premier » (W. Jeandidier, *JCP Pénal code*, v° Vol, actualisation : décembre 2018). La Cour de cassation n'a eu qu'assez rarement l'occasion de se prononcer à leur égard.

À propos du sable des plages, sa jurisprudence a cependant connu une évolution vers une conception plus restrictive qui mérite d'être relevée. Ainsi, alors que la chambre criminelle de la Cour de cassation avait jugé, dans un arrêt ancien, que ce sable ne pouvait faire l'objet d'un vol (Crim., 23 juillet 1897, *Bull. crim.* 1897, n° 256), a-t-elle plus récemment, au visa de l'article L. 86 du code du domaine de l'État alors applicable, relatif à la réserve domaniale dite des cinquante pas géométriques, approuvé une cour d'appel d'avoir affirmé « que le rivage de la mer, loin de constituer une "*res nullius*", faisait partie du domaine de l'État qui en est propriétaire » et d'avoir en conséquence déclaré coupable de vol le prévenu qui y avait extrait du sable sans autorisation (Crim., 23 octobre 1980, pourvoi n° 79-93.655, *Bull. crim*. 1980, n° 271).

De même, la Cour de cassation a écarté le moyen d'un prévenu condamné pour vol pour avoir « ramassé des truffes sur des parcelles appartenant à autrui sans autorisation », tiré de ce que les faits n'auraient pu donner lieu qu'à poursuite du chef de la contravention de l'article R. 331 du code forestier alors applicable, « dès lors que les champignons n'ont pas été prélevés dans des bois et forêts mais soustraits dans une truffière cultivée par le propriétaire », ce qui excluait donc qu'ils fussent considérés comme n'étant pas la chose d'autrui (Crim., 13 avril 2010, pourvoi n° 09-85.776, *Bull. crim.* 2010, n° 66).

La jurisprudence récente n'offre donc pas d'exemple où la notion de chose sans maître, dans son acception traditionnelle de ce qu'offre librement la nature, ait été accueillie. Pour autant, et dès lors que « même le droit pénal doit vivre avec son temps » (L. Saenko, « Vol par téléchargement de données numériques », *Dalloz* 2015, p. 1466), la Cour de cassation a été invitée à dire si des données contenues dans un système de traitement automatisé pouvaient être considérées comme des choses sans maître (Crim., 20 mai 2015, pourvoi n° 14-81.336, *Bull. crim.* 2015, n° 119, voir également *Gaz. Pal.* 2015, 1, p. 8, note S. Detraz ; *JCP* 2015, éd. G, II, 887, note G. Beaussonie ; *Dr. Pénal* 2015, comm. 123, note P. Conte).

Le prévenu s'était introduit sur le site extranet de l'Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail (ANSES) à la suite d'une défaillance technique, s'y était maintenu alors qu'il avait constaté l'existence d'un contrôle d'accès, et avait téléchargé des données qu'il avait fixées sur différents supports et diffusées à des tiers. Condamné des chefs d'accès et de maintien frauduleux dans un système de traitement automatisé et de vol de données, il soutenait notamment que le téléchargement de données non protégées et accessibles au moyen d'une simple recherche excluait toute appréhension frauduleuse. Cet argument manquait cependant en fait, puisque seule une défaillance technique avait permis à l'intéressé d'accéder auxdites données.

Cette décision a principalement retenu l'attention s'agissant de la possibilité que des données informatiques puissent être l'objet d'une soustraction frauduleuse (v. *supra*, chapitre I, section 1, § II). Mais il semble qu'elle aurait pu être l'occasion d'une illustration nouvelle de la notion de chose sans maître. À suivre, en effet, un autre commentateur de l'arrêt précité de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 20 mai 2015, qui

relève qu'il s'agissait, en l'espèce, de choses d'autrui « car elles étaient réservées à certains utilisateurs du site de l'ANSES [et qu'] il importait peu, de ce point de vue, que ces données n'aient pas été confidentielles par nature ou que le portail destiné à les préserver soit resté ouvert ; seule comptait, en effet, la volonté de leur propriétaire de les destiner à un public restreint et sélectionné, à condition bien sûr que le prévenu en ait eu conscience » (G. Beaussonie, « L'entrée dans l'ère du vol par téléchargement : à propos de l'épilogue (provisoire ?) de l'affaire Bluetouff », *JCP* 2015, éd. G, II, 887). Il aurait pu en être autrement, si ces données avaient été librement accessibles sur un site public. Auraient-elles pu être considérées, dans de telles conditions, comme sans maître ? À moins qu'elles n'aient été considérées comme ayant été abandonnées par celui qui les avait collectées et présentées au public ?

B. Les introuvables choses abandonnées

Les choses abandonnées ont, en effet, eu un propriétaire, mais celui-ci a définitivement renoncé à toute prérogative sur elles. Une telle situation est plus fréquemment susceptible de se rencontrer que celle des choses sans maître, et la jurisprudence est, en conséquence, plus abondante. Elle reste, cependant, tout aussi restrictive, dans la mesure où, ainsi que le résument des auteurs, « il faut que la volonté d'abandon soit effective ou incontestable » (A. Mihman et M.-P. Lucas de Leyssac, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénal,* Dalloz, v. vol, précité).

C'est principalement dans des cas où elle a estimé que l'argument de la *res derelictae,* fréquemment invoqué par le prévenu de vol qui cherche à échapper à une condamnation, était infondé que la Cour de cassation a contribué à préciser cette notion, étant cependant immédiatement observé qu'il résulte de toutes ou presque des décisions qui vont être citées que l'appréciation portée par les juges du fond sur le caractère volontaire de l'abandon d'une chose par son propriétaire est souveraine.

Ce sont le plus souvent les circonstances de l'affaire qui vont conduire à écarter la notion d'abandon. Ainsi le prévenu « trouvé en possession d'une somme d'argent de 130 760 euros, qu'il a expliqué avoir découverte, quelques jours auparavant, dans un sac dont s'était débarrassé sous ses yeux un individu, en vue d'échapper aux poursuites d'un tiers », ne pouvait ignorer que la personne qui s'était ainsi dépossédée du sac « avait l'intention de venir le rechercher après avoir échappé à son poursuivant », de sorte que la cour d'appel « a souverainement apprécié qu'il n'y avait pas eu abandon volontaire de la chose et que le prévenu ne pouvait l'ignorer » (Crim., 12 mai 2015, pourvoi n° 14-83.310, *Bull. crim.* 2015, n° 105 ; *Dr. pénal* 2015, comm. 96, note M. Véron).

Il en est de même de déchets de tir, en ce qu'ils étaient conservés par l'autorité militaire en vue de leur remise au service des Domaines, qui les revend (Crim., 18 septembre 2012, pourvoi n° 11-88.334), de médicaments apportés par les résidents d'une maison de retraite et laissés par eux à la fin de leur traitement ou de leur séjour, mais entreposés dans une réserve (Crim., 19 décembre 2000, pourvoi n° 00-82.675), de meubles laissés par les anciens locataires dans un appartement, qui restait cependant fermé à clé et dont le déménagement n'était pas terminé (Crim., 17 novembre 1998, pourvoi n° 97-86.356), de sacs de laine de verre laissés sur des chantiers, mais qui n'avaient jamais été abandonnés par leurs propriétaires (Crim., 20 juin 2018, pourvoi n° 16-82.958).

C'est parfois la nature même des objets prétendument abandonnés qui conduit à écarter une telle qualification. Ainsi « des débris d'or et de bijoux trouvés au cours de travaux de nettoyage de fosses communes et de concessions non renouvelées ainsi que dans des caveaux et cercueils », dont la Cour de cassation, pour rejeter le pourvoi, se contente de relever que les prévenus savaient qu'ils n'étaient pas abandonnés, l'arrêt approuvé ayant relevé le choix des familles d'inhumer les défunts avec leurs bijoux et leurs prothèses dentaires (Crim., 25 octobre 2000, pourvoi nº 00-82.152, *Bull. crim.* 2000, nº 318 ; *D.* 2001, p. 1052, note T. Garé ; *JCP* 2001, éd. G., II, 10.566, note P. Mistretta).

Comme le relève ce dernier commentateur de l'arrêt, « Le fait que la famille n'ait pas entendu conserver ces objets révèle que ceux-ci ont reçu une certaine affectation : permettre, par exemple, de manière symbolique la continuité des relations avec le défunt même après la mort. Ce geste des proches n'est bien évidemment pas anodin et sans signification. Sa raison d'être fait appel aux sentiments les plus profonds qui unissent les êtres humains, ne serait-ce que sur le plan sentimental ou religieux. Il traduit quoi qu'il en soit une affectation des objets et fait obstacle à la qualification de chose abandonnée. »

Même lorsque la chose a été mise à la poubelle par son propriétaire, l'analyse des circonstances de l'affaire peut conduire à des solutions contrastées. Ainsi, a été approuvé, en ce que les juges « ont souverainement apprécié qu'il n'y avait pas eu abandon volontaire de la chose par son propriétaire », un arrêt qui condamne pour recel celui qui a produit dans une instance prud'homale « l'exemplaire d'une lettre déchirée et reconstituée que le chef d'entreprise avait jetée dans sa corbeille à papier », dès lors, selon les juges, que ce dernier « n'a aucunement consenti par avance de façon implicite à ce [que les chutes de cette lettre] soient interceptées et subtilisées par des mains non autorisées » (Crim., 10 mai 2005, pourvoi nº 04-85.349, *Bull. crim.* 2005, nº 145 ; *RPDP* 2005, p. 637, note X. Pin ; p. 984, note V. Malabat).

La Cour de cassation a cependant, dans une décision plus récente et dont on peut penser qu'elle marque une évolution par rapport à celle qui vient d'être rapportée, statuant sur le pourvoi d'une directrice de magasin condamnée pour vol « pour avoir soustrait des produits périmés qui avaient été mis à la poubelle du magasin dans l'attente de leur destruction », censuré cette décision, relevant « qu'il résulte des énonciations de l'arrêt que, d'une part, il était constant que les objets soustraits, devenus impropres à la commercialisation, avaient été retirés de la vente et mis à la poubelle dans l'attente de leur destruction, de sorte que l'entreprise avait clairement manifesté son intention de les abandonner, d'autre part, le règlement intérieur interdisant à la salariée de les appréhender répondait à un autre objectif que la préservation des droits du propriétaire légitime, s'agissant du respect par celui-ci des prescriptions d'ordre purement sanitaire de l'article R. 112-25, alors applicable, du code de la consommation, et était sans incidence sur la nature réelle de ces biens » (Crim., 15 décembre 2015, pourvoi nº 14-84.906, *Bull. crim.* 2015, nº 303 ; *Gaz. Pal.* 2016, nº 6, p. 16, note S. Detraz).

Confortant le sentiment, qui se dégage de l'analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation, que la part de l'inappropriable, en matière de vol, reste particulièrement cantonnée, le commentateur de cet arrêt, après avoir observé « le soin pris par la chambre criminelle à désigner les manifestations des éléments matériel et moral de l'abandon » et après avoir rappelé l'arrêt précité du 10 mai 2005 sur la lettre déchirée et mise à la poubelle, soutient que « la chambre criminelle a peut-être trop rapidement inféré de la visée sanitaire des dispositions du règlement intérieur l'absence de lien avec le droit de pro-

priété : si l'entreprise a l'interdiction, pénalement sanctionnée, de détenir en vue de leur distribution des produits dont la date de consommation est périmée, elle peut vouloir en demeurer propriétaire jusqu'à assurer qu'ils soient effectivement détruits, afin de ne pas être placée dans une situation équivoque en cas de contrôle ».

§ II. La difficile reconnaissance de l'inappropriable dans la jurisprudence civile

On ne peut dénier à une personne « le droit d'abandonner [son] droit de propriété » sur un immeuble, et « seul celui qui revendique la propriété d'une parcelle peut invoquer la prescription acquisitive à son profit » (3e Civ., 5 novembre 2015, pourvoi nº 14-20.845, *Bull.* 2015, III, nº 110). Est-ce à dire qu'un immeuble, archétype de l'objet de propriété, pourrait échapper au droit de propriété ?

La question n'est pas purement théorique ou sans enjeu pratique, comme l'illustre l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt précité.

Les propriétaires d'un terrain situé au pied d'une falaise avaient subi un éboulement lors d'une tempête et avaient demandé la réparation de leur préjudice à leur voisin, propriétaire du terrain situé en amont. Mais celui-ci avait décliné toute propriété sur la falaise comme, ensuite, les auteurs communs de ces deux voisins, leurs deux terrains provenant de la division d'un fonds unique. La falaise était ainsi sans propriétaire revendiqué.

Il résultait cependant de l'analyse, non contestée, des titres des parties, à laquelle les juges du fonds avaient procédé, que la falaise n'avait jamais été vendue.

Or le droit de propriété a un caractère perpétuel (Cass. req., 12 juillet 1905, *DP* 1907, I, p. 141), il ne s'éteint pas par le non-usage (3e Civ., 5 juin 2002, pourvoi nº 00-16.077, *Bull.* 2002, III, nº 129) et dure ainsi autant que la chose sur laquelle il porte. L'immeuble approprié ne cesse donc pas de le rester, tant, du moins, que son propriétaire ne renonce pas à son droit.

L'abandon du droit de propriété n'étant prévu par aucun texte général, c'est en effet un des apports de l'arrêt du 5 novembre 2015 que d'affirmer qu'un propriétaire a le droit d'abandonner son droit de propriété. Mais encore faut-il que cet abandon soit caractérisé, dès lors que « la renonciation à un droit ne se déduit pas de la seule inaction de son titulaire et ne peut résulter que d'actes manifestant sans équivoque la volonté de renoncer » (3e Civ., 1er avril 1992, pourvoi nº 90-14.066, *Bull.* 1992, III, nº 115).

Ainsi, puisque les propriétaires ayant divisé leur fonds n'avaient pas compris la falaise dans l'une des ventes qu'ils avaient consenties et qu'il n'était plus question pour eux, le moyen, nouveau, mélangé de fait, étant irrecevable, d'invoquer devant la Cour de cassation une renonciation à leur droit de propriété sur la falaise, ils en étaient restés juridiquement propriétaires.

Auraient-ils au demeurant abandonné leur droit de propriété, on observera qu'un immeuble est toujours objet de propriété puisque, selon l'article 713 du code civil, les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à la commune sur le territoire de laquelle ils sont situés ou, le cas échéant, si la commune ou l'établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre renonce à exercer ses droits, à l'État, de plein droit, étant précisé que les biens sans maître sont définis à l'article L. 1123-1 du code général de la

propriété des personnes publiques comme étant, notamment, les immeubles qui n'ont pas de propriétaire connu, et pour lesquels, depuis plus de trois ans, la taxe foncière sur les propriétés bâties ou, s'ils n'y sont pas assujettis, celle sur les propriété non bâties n'a pas été acquittée ou a été acquittée par un tiers.

Était-il alors possible de raisonner sans convoquer le droit de propriété sur la falaise ?

L'arrêt de la Cour de cassation indique que la cour d'appel avait relevé que l'éboulement trouvait sa cause dans le défaut d'entretien de la falaise, ce qui a amené un commentateur (W. Dross, *RTD* civ., 2016, p. 150) à s'interroger sur le caractère vain du débat sur l'appropriation de la falaise dès l'instant qu'il s'agissait de caractériser un comportement fautif, pour répondre ensuite que la propriété permettait de désigner celui sur lequel pesait l'obligation d'entretien, la propriété servant donc de vecteur d'imputation de la faute à l'origine du dommage.

À la propriété s'attache en effet cet avantage que le propriétaire est identifiable et que sa responsabilité peut être recherchée pour répondre d'un dommage.

Dans un tout autre contexte, la Cour de cassation a ainsi jugé « qu'en l'absence de tout autre responsable, le propriétaire d'un terrain où des déchets ont été entreposés en est, à ce seul titre, le détenteur au sens des articles L. 541-1 et suivants du code de l'environnement dans leur rédaction applicable, tels qu'éclairés par les dispositions de la directive 75/442/CEE du 15 juillet 1975 relative aux déchets, applicable, à moins qu'il ne démontre être étranger au fait de leur abandon et ne l'avoir pas permis ou facilité par négligence ou complaisance » (3e Civ., 11 juillet 2012, pourvoi no 11-10.478, *Bull.* 2012, III, no 108).

Le fait que la falaise n'ait pas été vendue pourrait-il néanmoins trahir que, sans aucune valeur intrinsèque, elle n'était pas en elle-même appropriable ? Cependant, « un simple caillou n'a jamais produit de fruits, ni naturels, ni industriels, ni civils. Son propriétaire ne peut prétendre à aucun *fructus*. Qu'on puisse en être propriétaire n'a pourtant jamais été contesté » (W. Dross, « Une approche structurale de la propriété », *RTD civ*. 2012, p. 419). Et aurait-il pu être proposé de considérer la falaise, d'une façon ou d'une autre, comme commune aux deux fonds vendus, elle aurait encore été objet de propriété.

TITRE 2. LA PUISSANCE DE LA PROPRIÉTÉ

L'extension du domaine de la propriété ne va pas sans nuance à la puissance du propriétaire. Aux facteurs de la « crise » déjà diagnostiqués aux début et milieu du XX[e] siècle s'ajoutent de nouvelles limites, tandis que d'anciennes se renouvellent. Quant aux limites inédites, dont l'adoption se trouve encore à un point d'oscillation, on compte l'adoption d'un contrôle de proportionnalité dans le jeu des sanctions des atteintes à la propriété ou des pouvoirs du propriétaire (chapitre 1[er]). Quant aux renouvellements de limites connues, on peut relever la recomposition de la teneur de l'intérêt général venant poser des bornes à l'exercice de la propriété (chapitre 2) ou celle des droits des tiers, relus à l'aune des droits fondamentaux des personnes et de la préservation de leur dignité (chapitre 3). De façon plus ample, il faut guetter, au sein même de la propriété, les nouvelles articulations du propre et du commun, notamment avec la reconnaissance par la Cour de cassation depuis 2012 de droits réels innomés de jouissance spéciale (chapitre 4).

Chapitre 1[er]. Puissance de la propriété et contrôle de proportionnalité

Sous l'influence européenne, la jurisprudence de la Cour de cassation s'acclimate au contrôle de proportionnalité. Elle s'y adapte à l'égard de ce droit si puissant que compose le droit de propriété. En matière d'empiétement néanmoins, la Cour semble demeurer attachée à une conception absolutiste de la puissance de la propriété et repousse quelque peu l'articulation avec une appréciation de la proportionnalité de la mesure de protection (section 1). Cette appréciation s'insinue diversement, en revanche, dans le contentieux de l'expropriation (section 2), de l'expulsion (section 3), et parvient même à tisser des liens avec la limite (devenue) traditionnelle des troubles anormaux de voisinage (section 4). L'influence se lit également dans le contentieux des mesures d'exécution forcée (section 5), en matière de saisies et confiscations pénales (section 6), dans les limites opposées à l'exercice du droit de propriété de l'associé (section 7), en cas de revendication dans le cadre des procédures collectives (section 8) ou encore dans la mise en œuvre des mesures réelles en matière d'urbanisme (section 9).

Section 1. Puissance de la propriété et rejet du contrôle de proportionnalité dans la protection contre l'empiétement

Selon une jurisprudence ancienne et constante, la Cour de cassation juge que tout propriétaire est en droit d'exiger la démolition d'un ouvrage qui empiète sur sa propriété, si minime soit l'empiétement (3[e] Civ., 20 mars 2002, pourvoi n[o] 00-16.015, *Bull.* 2002, III, n[o] 71 ; 3[e] Civ., 20 janvier 2009, pourvoi n[o] 07-21.758), peu important qu'il ait été commis de bonne foi (3[e] Civ., 29 février 1984, pourvoi n[o] 83-10.585, *Bull.* 1984, III,

n° 57) ou encore qu'il ait été « nécessité par l'état des lieux » (3e Civ., 4 décembre 2001, pourvoi n° 99-21.583).

Elle décide également que la défense du droit de propriété contre un empiétement ne saurait dégénérer en abus (3e Civ., 7 juin 1990, pourvoi n° 88-16.277, *Bull.* 1990, III, n° 140 ; 3e Civ., 7 novembre 1990, pourvoi n° 88-18.601, *Bull.* 1990, III, n° 226) et que, dès lors que le propriétaire qui subit l'empiétement le demande, la démolition ou la remise en état doit être ordonnée (3e Civ., 18 mai 2005, pourvoi n° 03-19.322 ; 3e Civ., 26 novembre 1997, pourvoi n° 96-10.101).

Elle admet toutefois deux exceptions à cette jurisprudence rigoureuse : d'une part, lorsque cela leur est demandé et qu'ils l'estiment possible, les juges du fond doivent se borner à ordonner une démolition partielle (jurisprudence dite « du rabotage » : 3e Civ., 26 novembre 1975, pourvoi n° 74-12.036, *Bull.* 1975, III, n° 350 ; 3e Civ., 4 juin 2013, pourvoi n° 12-15.640 ; 3e Civ., 9 juillet 2014, pourvoi n° 13-15.483) ; d'autre part, bien que la propriété du sol emporte, selon l'article 552 du code civil, la propriété du dessus et du dessous, de sorte que les servitudes de surplomb sont traditionnellement prohibées comme toute servitude d'empiétement, une servitude de surplomb peut s'acquérir par prescription trentenaire (3e Civ., 12 mars 2008, pourvoi n° 07-10.164, *Bull.* 2008, III, n° 47), en revanche une servitude ne peut conférer le droit d'empiéter sur la propriété d'autrui au sol (3e Civ., 1er avril 2009, pourvoi n° 08-11.079, *Bull.* 2009, III, n° 77) ; de même, une servitude de vue ne peut conférer le droit d'empiéter sur la propriété d'autrui (3e Civ., 23 novembre 2017, pourvoi n° 16-20.521).

Au cours de ces dernières années, sous l'influence grandissante de la jurisprudence européenne, la Cour de cassation a été invitée à confronter sa propre jurisprudence au contrôle de proportionnalité, qui consiste à examiner si l'application d'une norme de droit interne ne porte pas atteinte, de manière disproportionnée, par ses effets, à un droit ou à un principe conventionnel et à écarter cette norme si tel est effectivement le cas : il s'agit là d'un contrôle de conventionnalité *in concreto*, donc intimement lié aux circonstances de l'espèce.

Dans deux arrêts rendus le 16 novembre 2016 en formation plénière, alors que les pourvois n'invoquaient ni la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et qu'ils ne posaient la question du contrôle de proportionnalité que par référence à des dispositions de droit interne, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a maintenu sa jurisprudence traditionnelle : dans un premier arrêt, elle a jugé que viole l'article 545 du code civil une cour d'appel qui, pour rejeter la demande d'un propriétaire fondée sur un empiétement créé par des éléments de la toiture du propriétaire du fonds voisin, retient que cet empiétement n'est que de vingt centimètres et n'est à l'origine d'aucun désordre ni sinistre et que sa rectification serait préjudiciable aux deux parties et disproportionnée (3e Civ., 10 novembre 2016, pourvoi n° 15-19.561, *Bull.* 2016, III, n° 154) ; dans un second arrêt, elle a jugé que prive de base légale sa décision, au regard des articles 544 et 545 du code civil, une cour d'appel qui ordonne la démolition totale d'une construction empiétant sur un fonds sans rechercher, comme il le lui est demandé, si un rabotage du mur n'est pas de nature à mettre fin à l'empiétement constaté (3e Civ., 10 novembre 2016, pourvoi n° 15-25.113, *Bull.* 2016, III, n° 155).

Peu de temps après, dans un souci de cohérence avec ces deux décisions, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a dit n'y avoir lieu de transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité ainsi rédigée : « L'article 545 du code civil, tel qu'interprété par une jurisprudence constante de la Cour de cassation, selon laquelle l'action en démolition de la partie d'une construction reposant sur le fonds voisin ne peut jamais dégénérer en abus du droit méconnaît-elle les articles 2, 4 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, garantissant le droit de propriété, le droit au respect de la vie privée et du domicile et le principe selon lequel la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ? ».

Elle a ainsi estimé que la question ne présentait pas un caractère sérieux dès lors, d'une part, que l'article 545 du code civil, reprenant le principe énoncé par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, assurait la défense du droit de propriété contre tout empiétement qui ne serait pas fondé sur une nécessité publique, d'autre part, que la défense du droit de propriété, défini à l'article 544 du code civil, n'était pas susceptible de dégénérer en abus de droit (3e Civ., 15 décembre 2016, nº 16-40.240).

La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler sa jurisprudence : elle a ainsi jugé qu'une cour d'appel, qui constate qu'une construction réalise en surplomb un empiétement sur le fonds voisin, en déduit exactement qu'il y a lieu d'en ordonner le retrait jusqu'à la ligne divisoire de propriété située au milieu du mur mitoyen (3e Civ., 6 juillet 2017, pourvoi nº 15-17.278, *Bull.* 2017, III, nº 91).

Mais, quelque temps plus tard, la Cour de cassation a dû se confronter aux dispositions de l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

À cet égard, il n'est pas inutile de rappeler l'application que la Cour européenne des droits de l'homme a pu faire de cette disposition en matière d'empiétement.

Dans une affaire où une société civile immobilière avait entrepris des travaux empiétant sur le fonds voisin et que le propriétaire de ce fonds avait obtenu la démolition des constructions érigées sur sa parcelle, la Cour de Strasbourg a conclu à la non-violation de l'article 1er du premier protocole en retenant que cette disposition ne trouvait pas à s'appliquer dès lors que la requérante n'était pas titulaire d'un droit de propriété portant sur un bien dont elle aurait pu être privée et qu'elle ne pouvait se prévaloir d'un intérêt patrimonial suffisamment important et reconnu pour constituer un bien au sens de la Convention (CEDH, arrêt du 4 janvier 2012, SCI la Roseraie c. France, nº 14819/08).

Et, dans une affaire où les requérants avaient construit une maison sans avoir préalablement obtenu un permis de construire, que l'autorité locale leur avait signifié une ordonnance de démolition et que les juridictions internes n'avaient pas accueilli leur demande en contestation de la légalité de l'ordonnance, la Cour de Strasbourg a encore conclu à la non-violation de l'article 1er du premier protocole (mais à la violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales) en retenant que l'arrêté de démolition ménageait un juste équilibre entre l'intérêt de la requérante à conserver son bien intact et l'intérêt général à assurer la mise en œuvre effective de l'interdiction de construire sans permis (CEDH, arrêt du 21 avril 2016, Ivanova et Cherkezov c. Bulgarie, nº 46577/15).

Il est vrai que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg prend davantage en compte l'intérêt général justifiant la mesure de démolition que les répercussions de la démolition sur le cas particulier du requérant : elle a ainsi admis une démolition « pour sauvegarder l'environnement » (CEDH, arrêt du 29 mars 2010, Brosset-Triboulet et autres c. France, n° 34044/02 et CEDH, arrêt du 29 mars 2010, Depalle c. France, n° 34078/02) ou pour maintenir la cohérence d'un système d'indivision fonctionnant dans des conditions satisfaisantes (CEDH, arrêt du 24 juin 2003, Allard c. Suède, n° 35179/97).

C'est au vu de cette jurisprudence que, dans une affaire d'empiétement où l'auteur du pourvoi, condamné à démolir les constructions qu'il avait érigées, reprochait notamment à la cour d'appel de ne pas avoir recherché, ainsi qu'elle y était invitée, si la sanction de la démolition n'était pas disproportionnée eu égard au caractère minime de l'empiétement et à la circonstance que la démolition se rapportait notamment au mur porteur d'une maison d'habitation, quand un dédommagement financier était concevable, et si la persistance à solliciter une telle sanction ne procédait pas d'une malveillance et d'un acharnement, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a jugé « que tout propriétaire est en droit d'obtenir la démolition d'un ouvrage empiétant sur son fonds, sans que son action puisse donner lieu à faute ou à abus », « que l'auteur de l'empiétement n'est pas fondé à invoquer les dispositions de l'article 1er du premier protocole additionnel [...] dès lors que l'ouvrage qu'il a construit méconnaît le droit au respect des biens de la victime de l'empiétement » et que la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à des recherches inopérantes, avait décidé à bon droit d'ordonner la démolition (3e Civ., 21 décembre 2017, pourvoi n° 16-25.406, *Bull*. 2017, III, n° 144).

Mais la Cour de cassation a également choisi – délibérément – de se confronter aux dispositions de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Dans une affaire où le propriétaire d'un terrain avait obtenu des juges du fond la démolition d'une maison construite sur celui-ci par un particulier sans autorisation et l'expulsion de son occupant, ce dernier reprochait à la cour d'appel de ne pas avoir exercé un contrôle de proportionnalité au regard de l'article 8 de la Convention (sous l'angle du droit au respect de son domicile), alors même qu'il n'avait pas demandé à la cour d'appel d'effectuer un tel contrôle.

La Cour de cassation disposait d'une alternative :

– soit elle répondait, comme elle le fait habituellement, que la cour d'appel n'avait pas à rechercher si les mesures de démolition et d'expulsion étaient proportionnées au regard du droit au respect du domicile de l'occupant, dès lors qu'une telle recherche ne lui avait pas été demandée, mais c'était sous-entendre que, si la recherche avait été demandée à la cour d'appel, celle-ci aurait été tenue d'y procéder, donc d'effectuer un contrôle de proportionnalité ;

– soit elle répondait que la cour d'appel n'avait pas à rechercher si les mesures de démolition et d'expulsion étaient proportionnées au regard du droit au respect du domicile de l'occupant, dès lors qu'une telle recherche était inopérante, ce qui signifiait que, dans pareille hypothèse, ladite cour d'appel n'avait pas à procéder à un contrôle de proportionnalité.

La troisième chambre civile de la Cour de cassation, réunie en formation plénière, a opté pour la seconde solution : opérant un contrôle davantage *in abstracto* que *in concreto*, elle a jugé que les mesures d'expulsion et de démolition d'un bien construit illégalement sur le terrain d'autrui caractérisent une ingérence dans le droit au respect du domicile de l'occupant, protégé par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qu'une telle ingérence est fondée sur les articles 544 et 545 du code civil et vise à garantir au propriétaire du terrain le droit au respect de ses biens, protégé par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et par l'article 1er du premier protocole additionnel, et que « l'expulsion et la démolition étant les seules mesures de nature à permettre au propriétaire de recouvrer la plénitude de son droit sur le bien, l'ingérence qui en résulte ne saurait être disproportionnée eu égard à la gravité de l'atteinte portée au droit de propriété », pour en déduire que la cour d'appel n'avait à procéder à une recherche inopérante (3e Civ., 17 mai 2018, pourvoi no 16-15.792, publié au *Bulletin*).

Elle considère ainsi qu'en matière d'empiétement sur le terrain d'autrui, en l'état de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, un contrôle de proportionnalité ne s'impose pas, tant au regard de l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qu'au regard de l'article 8 de la Convention.

Section 2. Puissance de la propriété et admission progressive du contrôle de proportionnalité dans le contentieux de l'expropriation

Les moyens pris de la contrariété des dispositions applicables au contentieux de l'expropriation à l'article 1er du premier protocole additionnel de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, garantissant notamment le droit au respect des biens, se sont développés au cours de ces dernières années devant la Cour de cassation.

Dans cette matière, le contrôle de proportionnalité est invoqué par les expropriés au soutien de la protection du droit propriété, qu'il s'agit de garantir contre toute atteinte excessive de la part de la puissance publique.

Sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation a admis ce contrôle de façon progressive.

Par une décision portant sur les règles de procédure applicables devant la cour d'appel en matière d'expropriation, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur la conformité à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales des dispositions de l'ancien article R. 13-49 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique prévoyant une déchéance de l'appel en cas de dépôt tardif des pièces par l'appelant. (3e Civ., 5 mars 2014, pourvoi no 12-28.578, *Bull*. 2014, III, no 30).

Dans cette affaire, le pourvoi soutenait que la déchéance de l'appel venant sanctionner l'absence de dépôt des pièces de l'appelant dans un délai de deux mois à compter de l'appel, alors que son mémoire avait été déposé dans ce délai, portait une atteinte dis-

proportionnée à son droit à un procès équitable et à son droit à un recours effectif, ainsi qu'à son droit de propriété.

Écartant cette analyse, la Cour de cassation a relevé, d'une part, que les dispositions en cause s'appliquaient indifféremment à l'expropriant ou à l'exproprié, selon que l'un ou l'autre relève appel, et que, d'autre part, la règle était justifiée par la brièveté du délai imparti à l'intimé et au commissaire du gouvernement pour déposer, à peine d'irrecevabilité, leurs propres écritures et pièces.

Elle en a conclu que l'application de cette règle n'avait pas pour effet de porter une atteinte disproportionnée aux droits garantis par l'article 6, 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 1er de son protocole additionnel nº 1.

Elle a ainsi considéré, se prêtant à un contrôle *in abstracto,* qu'il existait un rapport raisonnable de proportionnalité entre la règle rigoureuse pour l'appelant et le but recherché de célérité de la procédure d'appel en matière d'expropriation.

Dans un arrêt portant sur les règles de fond, la Cour de cassation a été saisie d'une demande de mise en œuvre du contrôle de proportionnalité dans une affaire où l'application de la méthode dite de la « récupération foncière » aboutissait à la fixation d'une indemnité d'expropriation d'un montant dérisoire de 1,20 euro (3e Civ., 15 mars 2018, pourvoi nº 17-14.066).

L'exproprié soutenait que la fixation à une somme symbolique de l'indemnisation de la perte de propriété de son bien, en raison de la nécessité de travaux de démolition dont le coût avait été déduit de l'indemnité, aboutissait à une dépossession sans indemnisation en rapport avec la valeur des biens et portait donc une atteinte disproportionnée au droit au respect de ses biens.

Ici encore, la Cour de cassation a écarté l'existence d'une atteinte disproportionnée aux droits protégés par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Après avoir rappelé que les biens étaient dans un état de délabrement très avancé, ne pouvaient recevoir aucune utilisation et devaient être démolis, et que le choix de la méthode d'évaluation la mieux adaptée relevait du pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond, la troisième chambre civile a jugé que la cour d'appel, qui avait souverainement fixé le montant de l'indemnité en considération du coût de la démolition des bâtiments, supérieur à la valeur du terrain nu, n'avait pas porté une atteinte disproportionnée au droit de l'exproprié au respect de ses biens.

Dans un litige où était discutée la « date de référence » applicable pour l'évaluation d'un bien situé dans une zone à défendre (« ZAD »), une cour d'appel a été censurée pour avoir écarté, en application du contrôle de proportionnalité, la date de référence normalement applicable, sans constater en quoi l'application de la date de référence prévue par les textes aurait indûment privé l'exproprié d'une plus-value et porté une atteinte disproportionnée au droit de propriété (3e Civ., 6 décembre 2018, pourvois nº 17-24.218 et nº 17-24.610).

La cour d'appel avait jugé que les règles applicables, ayant pour effet de conduire à l'examen de la qualification de la parcelle au vu d'un document d'urbanisme datant de

1983, privaient l'expropriée « d'une analyse actualisée de la valeur de ses parcelles » et que « dans le cadre de son contrôle de conventionnalité et de proportionnalité », il convenait d'écarter ces règles et de fixer la date de référence au 27 septembre 2012, date de la dernière modification du plan local d'urbanisme.

La Cour de cassation a jugé que la cour d'appel ne pouvait pas modifier ainsi la date de référence applicable, sans avoir constaté que l'application de celle-ci aurait indûment privé l'expropriée d'une plus-value engendrée par son bien et, partant, porté une atteinte disproportionnée à son droit de propriété.

Cette décision ne refuse pas la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité, mais rappelle que pour qu'un tel contrôle puisse conduire à écarter l'application à une espèce des dispositions de droit internes applicables, le juge doit constater une atteinte disproportionnée aux droits garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ce qui dans la présente affaire ne résultait pas des constatations de fait de la cour d'appel, qui avait au contraire relevé que les parcelles expropriées étaient demeurées inconstructibles.

Plus récemment, la Cour de cassation a fait une application du contrôle de proportionnalité qui l'a amenée à écarter, dans une affaire où les anciens propriétaires d'un bien situé en emplacement réservé avaient exercé leur droit de délaissement, la règle selon laquelle ils ne bénéficiaient pas du droit de rétrocession, ce qui les privait de toute indemnisation (3e Civ., 18 avril 2019, pourvoi no 18-11.414, publié au *Bulletin*).

Dans cette espèce, les propriétaires d'un terrain, qui faisait alors l'objet d'une réserve destinée à l'implantation d'espaces verts, avaient fait usage de leur droit de délaissement, qui avait conduit le juge de l'expropriation, à défaut d'accord entre les parties, à prononcer en 1983 le transfert de la propriété du bien à la commune et à fixer le prix à 800 000 francs (121 959,21 euros).

La commune avait ensuite modifié les règles d'urbanisme avant de revendre le terrain, qu'elle avait rendu constructible, à une personne privée, moyennant un prix de 5 320 000 euros.

L'exercice du droit de délaissement d'un bien réservé ne permet pas au cédant de solliciter la rétrocession de ce bien sur le fondement de l'article L. 12-6 (devenu L. 421-1) du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

L'ayant droit des anciens propriétaires avait néanmoins formé une demande de dommages-intérêts, rejetée par les juges du fond.

Saisie d'un pourvoi qui invoquait une atteinte disproportionnée au droit au respect des biens garanti par l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour de cassation a d'abord constaté que la règle privant de toute indemnisation consécutive à l'absence de droit de rétrocession le propriétaire ayant exercé son droit de délaissement sur le bien situé en emplacement réservé et donc inconstructible, puis revendu après avoir été déclaré constructible, constituait une ingérence dans l'exercice du droit au respect de ses biens.

Elle a ensuite relevé que cette ingérence était justifiée par le but légitime visant à permettre à la personne publique de disposer, sans contrainte de délai, dans l'intérêt général, d'un bien dont son propriétaire a exigé qu'elle l'acquière.

Toutefois, procédant au contrôle demandé, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a jugé que, concrètement, dans la présente espèce, une telle ingérence n'était pas proportionnée au but légitime poursuivi.

En effet, après avoir relevé que la commune, sans maintenir l'affectation du bien à la mission d'intérêt général ayant justifié sa mise en réserve, avait modifié les règles d'urbanisme avant de revendre le terrain, qu'elle avait rendu constructible, à une personne privée, moyennant un prix très supérieur au prix d'acquisition, la Cour de cassation a retenu qu'en dépit du très long délai séparant les deux actes, la privation de toute indemnisation portait une atteinte excessive au droit au respect des biens du propriétaire au regard du but légitime poursuivi, de sorte qu'en rejetant la demande de dommages-intérêts formée par celui-ci, la cour d'appel avait violé l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Section 3. Puissance de la propriété et acceptation nuancée du contrôle de proportionnalité dans le contentieux de l'expulsion

L'article 809, alinéa 1er, du code de procédure civile dispose que le juge des référés peut toujours « même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ».

C'est sur ce fondement que sont le plus souvent sollicitées les mesures d'expulsion ou d'enlèvement de personnes ou de biens illégalement installés.

Le contrôle de proportionnalité peut alors être revendiqué aux deux étapes des appréciations, avec des réponses différentes livrées par la Cour de cassation. Celle-ci rejette ce contrôle au stade de la caractérisation du trouble manifestation illicite constitué par l'occupation illicite du bien d'autrui (§ I). En revanche, la Cour de cassation adopte une position nuancée à l'égard des mesures prononcées pour remédier à un trouble manifestement illicite (§ II).

§ I. L'absence de contrôle de proportionnalité au stade de la caractérisation du trouble manifestement illicite constitué par l'occupation illicite du bien d'autrui

Selon la définition habituelle, le trouble désigne toute perturbation résultant d'un fait matériel ou juridique qui, directement ou indirectement, constitue une violation évidente de la règle de droit. Cette notion correspond à la voie de fait, fréquemment invoquée pour justifier l'intervention du juge des référés. Il suppose donc la violation d'une obligation préexistante, quel que soit le fondement de celle-ci. L'illicéité du trouble doit être manifeste.

La notion de trouble manifestement illicite est contrôlée par la Cour de cassation (Ass. plén., 28 juin 1996, pourvoi n° 94-15.935, *Bull.* 1996, Ass. plén., n° 6).

S'agissant du droit de propriété, droit fondamental de valeur constitutionnelle, la Cour de cassation retient avec constance qu'il y a trouble manifestement illicite quand il y a occupation d'un lieu privé sans l'accord du propriétaire (3e Civ., 22 mars 1983, pourvoi nº 81-14.547, *Bull.* 1983, nº 83 : « l'atteinte, constatée par l'arrêt, au droit de propriété […] constituait, par elle-même, une voie de fait et causait un trouble manifestement illicite que le juge des référés avait le devoir de faire cesser » ; 1re Civ., 24 février 1987, pourvoi nº 85-13.682, *Bull.* 1987, I, nº 66 ; 1re Civ., 25 janvier 2005, pourvoi nº 00-17.233 ; 3e Civ., 26 mars 2013, pourvoi nº 11-24.847).

En revanche, le caractère manifestement illicite du trouble n'est pas établi lorsque le droit de propriété ou son étendue est incertaine (voir 2e Civ., 12 avril 2012, pourvoi nº 11-13.498 : incertitude sur les limites exactes des parcelles litigieuses).

La contestation du caractère manifeste du trouble peut parfois avoir aussi pour cause un conflit de normes, le droit invoqué par le défendeur pour justifier son action paraissant susceptible d'être légitimement opposé à celui dont le demandeur revendique la protection. C'est le cas par exemple en cas de droit à la liberté d'expression des opinions opposé au respect de la vie privée.

Est, à cet égard, parfois invoquée la confrontation du droit de propriété au droit au logement. Mais la Cour de cassation censure un tel raisonnement. Elle a, ainsi, considéré que l'occupation illégale de locaux ne pouvait constituer un moyen licite de mettre en œuvre le droit au logement et que cette occupation était nécessairement constitutive d'un trouble manifestement illicite (3e Civ., 20 janvier 2010, pourvoi nº 08-16.088, *Bull.* 2010, III, nº 19) ou encore que l'occupation de terrains contre le gré du propriétaire était constitutif d'un trouble manifestement illicite en dépit du droit au logement revendiqué (2e Civ., 2 février 2012, pourvoi nº 11-14.729). Elle a réaffirmé cette position récemment dans un arrêt du 21 décembre 2017 (3e Civ., 21 décembre 2017, pourvoi nº 16-25.469, *Bull.* 2017, III, nº 145). La cour d'appel avait retenu, dans le cas de l'occupation d'un lieu privé par des ressortissants syriens y ayant fixé leur domicile, que le trouble allégué était dénué de toute illicéité manifeste dès lors qu'une mesure d'expulsion, qui aurait pour effet de les placer dans une plus grande précarité, caractériserait une atteinte plus importante au droit au respect du domicile de ces occupants que le refus de cette mesure au droit de propriété de l'office HLM propriétaire, et serait de nature à compromettre l'exercice par ceux-ci de leurs droits consacrés par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. L'arrêt est cassé, par un attendu de principe on ne peut plus clair : l'occupation sans droit ni titre du bien d'autrui constitue un trouble manifestement illicite. Viole dès lors l'article 849, alinéa 1, du code de procédure civile une cour d'appel qui déduit de l'atteinte qu'une expulsion porterait à l'exercice, par des occupants sans droit ni titre, de leurs droits consacrés par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que le trouble allégué est dépourvu de toute illicéité manifeste.

La Cour de cassation réaffirme donc, dans cet arrêt, sa position : le juge statuant en référé ne peut écarter la qualification de « trouble manifestement illicite » dès lors qu'il y a occupation sans droit ni titre du bien d'autrui, quels que soient les raisons et les circonstances de cette occupation, l'état du bien concerné ou la personne du propriétaire.

Elle condamne ainsi « toute atteinte (non réglementée) au droit de propriété, sans qu'il y ait lieu d'examiner si une telle atteinte peut être qualifiée de proportionnée eu égard au

contexte et au but poursuivi » (*Droit et pratique de la procédure civile*, chapitre 125 – « Compétence des juges des référés » – A. Lacabarats – sous la direction de S. Guinchard). Elle réaffirme toute la protection qui est due par le juge judiciaire statuant en référé au droit de propriété : le trouble causé par une atteinte évidente au droit de propriété ne saurait être en lui-même atténué par la précarité des occupants et en être ainsi moins manifeste.

Mais si la Cour de cassation écarte tout contrôle de proportionnalité au stade de la caractérisation d'un trouble manifestement illicite, elle contrôle à l'inverse qu'il y est procédé, lorsqu'il est demandé, au stade du prononcé de la mesure propre à faire cesser ce trouble, sous certaines réserves.

§ II. L'admission nuancée du contrôle de la proportionnalité des mesures prononcées pour remédier à un trouble manifestement illicite

Selon une jurisprudence constante, la Cour de cassation laisse le juge des référés décider souverainement des mesures de nature à mettre fin au trouble ou à prévenir le dommage imminent. Il lui appartient de procéder à une appréciation de la mesure la mieux appropriée à l'objectif poursuivi et consistant à mettre un terme à la situation litigieuse tout en compromettant le moins possible les droits ou intérêts de chacune des parties.

Mais cette appréciation ne peut se faire sans que le juge ait recherché, lorsque la question lui est soumise, si les mesures ordonnées, et en particulier l'expulsion ou l'enlèvement d'ouvrages constituant un domicile, étaient proportionnées au regard de l'atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile qu'elles constituaient. C'est ce qu'a affirmé la troisième chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 17 décembre 2015 (3e Civ., 17 décembre 2015, pourvoi nº 14-22.095, *Bull*. 2015, III, nº 138) dans lequel elle a retenu que privait de base légale sa décision la cour d'appel qui, ayant retenu l'existence d'un trouble manifestement illicite, ordonne l'enlèvement d'ouvrages et de caravanes installés sur un terrain par ses propriétaires en violation du plan local d'urbanisme, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si les mesures ordonnées étaient proportionnées au regard du droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile des propriétaires du terrain et de ces équipements, garanti par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Dans cette affaire, l'existence d'un trouble manifestement illicite, constitué par la présence de caravanes sur un terrain en violation des règles d'urbanisme, n'était pas contestée devant la Cour de cassation. Seules les mesures ordonnées pour y mettre fin faisaient l'objet de la revendication d'un contrôle de proportionnalité au regard du droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile des occupants des caravanes, par ailleurs propriétaires du terrain.

Selon le *Rapport annuel* de la Cour de cassation 2015, « il appartient donc désormais au juge des référés qui retiendra l'existence d'un trouble manifestement illicite de soupeser les droits fondamentaux qui seront invoqués devant lui avant d'ordonner des mesures destinées à y mettre fin » (*cf.* pages 223 à 227).

La Cour de cassation a fait ainsi application de l'arrêt *Winterstein* de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, arrêt du 17 octobre 2013, Winterstein e. a. c.

France, n° 27013/07), dans lequel cette juridiction, après avoir rappelé que la perte d'un logement étant une atteinte des plus graves au droit au respect du domicile, et précisé que lorsque des arguments pertinents concernant la proportionnalité de l'ingérence ont été soulevés, la juridiction nationale doit les examiner en détail et y répondre par une motivation adéquate (§ 155), a reproché à la Cour de cassation de n'avoir pas, une fois constatée la non-conformité des installations au plan d'occupation des sols, mis en balance ce trouble avec le droit au respect du domicile des requérants, l'expulsion ne pouvant être considérée comme nécessaire, dans une société démocratique, que si elle répond à un besoin social impérieux.

Il y a, en l'état de la jurisprudence de la troisième chambre civile, deux limites à cette exigence d'un contrôle de proportionnalité de la mesure d'expulsion prononcée.

D'une part, lorsque le trouble manifestement illicite est constitué par l'occupation sans droit ni titre du bien d'autrui, le caractère absolu du droit de propriété permet aux propriétaires d'obtenir en référé l'expulsion des occupants, sans que le juge ne soit tenu de procéder à un contrôle de proportionnalité avec le droit au respect de leur domicile. En effet, la troisième chambre civile retient que « l'expulsion étant la seule mesure de nature à permettre au propriétaire de recouvrer la plénitude de son droit sur le bien occupé illicitement, l'ingérence qui en résulte dans le droit au respect du domicile de l'occupant, protégé par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ne saurait être disproportionnée eu égard à la gravité de l'atteinte portée au droit de propriété » (3e Civ., 3 juillet 2019, pourvoi n° 18-17.119, publié). Cette décision s'inscrit, en toute logique, dans la lignée de la décision du 17 mai 2018, ci-avant commentée (3e Civ., 17 mai 2018, pourvoi n° 16-15.792, publié) : la Cour de cassation avait, de même façon, fait prévaloir le droit de propriété du propriétaire d'un terrain sur le droit au respect du domicile de l'occupant de la maison édifiée illégalement, considérant que la démolition et l'expulsion étaient les seules mesures de nature à permettre de rétablir le propriétaire dans la plénitude de son droit.

D'autre part, dans une hypothèse où l'occupation illicite d'un lieu appartenant à autrui était constitutive, non pas seulement d'un trouble manifestement illicite, mais également d'un dommage imminent, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a retenu que la mesure d'expulsion sans délai était justifiée, nonobstant la protection du droit au domicile découlant de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dès lors qu'elle était justifiée par la nécessité de prévenir un dommage imminent caractérisé par un danger pour la sécurité tant des usagers du boulevard périphérique se trouvant à proximité que des intéressés eux-mêmes et de leurs familles. Dans cette hypothèse, la nécessité de préserver la sécurité des personnes prime sur la protection du domicile (3e Civ., 22 octobre 2015, pourvois n° 14-21.515 et n° 14-11.776, *Bull.* 2015, III, n° 102).

Ainsi, la Cour de cassation adopte, en matière d'expulsion ou d'enlèvement sollicité en référé, une position mesurée. Sans rejeter le contrôle de proportionnalité, elle en limite le champ d'application.

Section 4. Puissance de la propriété, contrôle de proportionnalité et articulation avec la théorie des troubles anormaux de voisinage

La question d'un contrôle de proportionnalité a eu l'occasion de s'inviter dans l'articulation entre droit de propriété et troubles anormaux de voisinage (§ I), troubles dont le délai de prescription des actions dédiées a par ailleurs été précisé (§ II).

§ I. Contrôle de proportionnalité et troubles anormaux de voisinage

La consécration jurisprudentielle de l'obligation de réparer les dommages liés aux troubles anormaux de voisinage est ancienne. Prétorienne, elle fut à l'origine conçue comme un tempérament au droit de propriété sur le fondement de l'abus de droit (Cass., 27 novembre 1844 S. p. 911). Mais la construction jurisprudentielle a, peu à peu, pris son autonomie par rapport à la théorie de l'abus de droit et au droit de propriété, pour devenir un système autonome de responsabilité objective régulant les rapports entre voisins, quel que soit le titre d'occupation de l'auteur des nuisances ou de la victime.

C'est ainsi que dans une série d'arrêts rendus le 4 février 1971 (3e Civ., 4 février 1971, pourvoi nº 69-12.528, *Bull.* 1971, III, nº 78 ; 3e Civ., 4 février 1971, pourvoi nº 69-13.889, *Bull.* 1971, III, nº 79 ; 3e Civ., 4 février 1971, pourvoi nº 69-14.964, *Bull.* 1971, III, nº 80), la troisième chambre civile de la Cour de cassation, tout en réaffirmant le « droit du propriétaire de jouir de sa chose de la manière la plus absolue sauf usage prohibé par la loi ou les règlements », a énoncé que ce droit est « limité par l'obligation de ne causer à la propriété d'autrui aucun dommage dépassant les inconvénients normaux du voisinage », à charge pour le juge du fond de rechercher si les troubles subis n'excèdent pas la mesure des inconvénients normaux du voisinage, fût-ce en cas d'usage parfaitement légitime du droit de propriété.

Au titre de l'autonomie du principe, il a été affirmé que cette responsabilité n'était pas tributaire de l'existence d'une faute, la Cour de cassation dégageant un principe général selon lequel « nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage » (voir par exemple, 2e Civ., 19 novembre 1986, pourvoi nº 84-16.379, *Bull.* 1986, II, nº 172) ou encore « un trouble excédant les inconvénients normaux du voisinage » (voir par exemple, 2e Civ., 30 juin 2016, pourvoi nº 15-10.507 ; 3e Civ, 11 avril 2019, pourvoi nº 18-13.928), dont le caractère autonome est régulièrement souligné (2e Civ., 28 mars 2013, pourvoi nº 12-13.917 ; 3e Civ., 14 janvier 2016, pourvoi nº 14-24.703).

Cependant, la théorie des troubles anormaux du voisinage a longtemps conservé un lien étroit avec le droit de propriété, activement comme passivement si l'on peut dire, tempérant le droit de propriété de l'un pour assurer au propriétaire voisin la jouissance paisible de son propre fonds… même si ce voisin n'y demeure que périodiquement dans le cas d'une résidence secondaire (2e Civ., 28 juin 1995, pourvoi nº 93-12.681, *Bull.* 1995, II, nº 222) ou si ce voisin n'en est pas vraiment un, comme dans le cas du syndicat des copropriétaires qui peut désormais agir contre un copropriétaire sur ce fondement et non plus seulement pour manquement aux obligations du règlement de copropriété (3e Civ., 11 mai 2017, pourvoi nº 16-14.339, *Bull.* 2017, III, nº 58). Même si, également, l'ouverture grandissante de la théorie des troubles anormaux du voisinage intègre des

rapports entre non-propriétaires (locataire, qui, selon le cas, peut agir contre le propriétaire voisin, mais également contre un autre locataire, *cf.* 1re Civ., 18 juillet 1961, *Bull.* nº 411, ou encore contre le propriétaire de l'immeuble voisin occupé par un locataire, et ce, même lorsque le bailleur a vainement mis en demeure l'occupant de mettre un terme aux nuisances dénoncées, *cf.* 3e Civ., 17 avril 1996, pourvoi nº 94-15.876, *Bull.* 1996, III, nº 108).

Plus avant, des plaideurs dont la responsabilité était recherchée sur ce fondement ont pensé qu'ils pouvaient échapper à une condamnation en se prévalant de la protection du droit de propriété garantie par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer à cet égard dans un litige concernant des personnes qui se plaignaient de l'installation d'un centre commercial en face de leur propriété et avaient obtenu, notamment, la condamnation du propriétaire du terrain sur lequel avait été édifié ce centre, à leur payer des dommages-intérêts et à exécuter certains travaux de remise en état. Ce propriétaire avait formé un pourvoi et soutenait devant la Cour de cassation que les juges du fond avaient, en statuant ainsi, violé l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme. Le pourvoi, à l'appui duquel il alléguait que le droit de propriété garanti par ce protocole permettait au propriétaire d'user de son terrain comme il l'entend, a été rejeté (2e Civ., 23 octobre 2003, pourvoi nº 02-16.303, *Bull.* 2003, II, nº 318), la Cour de cassation affirmant clairement que le droit de propriété, tel que défini par l'article 544 du code civil et protégé par l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, est limité par le principe selon lequel nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage et que cette restriction ne constitue pas une atteinte disproportionnée au droit protégé par la Convention précitée.

La reconnaissance de la responsabilité pour trouble anormal ne constitue donc pas une atteinte disproportionnée aux droits attachés à la propriété, mais encore faut-il, pour que la limitation ainsi apportée à ces droits justifie l'obligation de réparer le préjudice qui découle du trouble ainsi causé, que celui-ci soit durable, persistant. Un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation illustre bien cette condition de persistance (2e Civ., 5 février 2004, pourvoi nº 02-15.206, *Bull.* 2004, II, nº 49). Les circonstances de fait, constatées par les juges d'appel, étaient les suivantes : à la suite de la tempête survenue à la fin de l'année 1999, de nombreux arbres s'étaient abattus sur une longueur de cent-vingt mètres et une largeur de vingt mètres sur la parcelle voisine, quarante ares de cette parcelle ne pouvaient plus être exploités, les arbres étaient encore enracinés, d'autres menaçaient de tomber, l'herbe avait poussé à une hauteur d'un mètre et le sol était brûlé. Il a été jugé que la cour d'appel avait légalement justifié sa décision de condamner le propriétaire, sur le fondement du trouble anormal de voisinage, à enlever les arbres tombés, à remettre en état le terrain voisin et à prendre toute disposition pour éviter la chute des arbres se trouvant en position instable dès lors qu'elle avait retenu que ce propriétaire connaissait parfaitement cet état de fait et s'était abstenu pendant plus de deux ans de nettoyer le terrain voisin malgré une mise en demeure, ce dont il ressortait que les troubles qui, en raison de leur durée, ne résultaient plus d'un cas de force majeure, excédaient les inconvénients normaux du voisinage.

Enfin, il faut noter que le contentieux des troubles anormaux du voisinage est souvent lié au domaine de la construction, à l'origine de nombreuses nuisances générées par le

bruit, les poussières, les vibrations causant divers dégâts ou encore la perte de luminosité ou de visibilité du fait de l'implantation des nouveaux édifices.

Si le syndicat des copropriétaires, en qualité de maître d'ouvrage, est fort logiquement responsable des troubles anormaux occasionnés au fonds voisin par les travaux réalisés dans la copropriété (3e Civ., 11 mai 2000, pourvoi nº 98-18.249, *Bull.* 2000, III, nº 106), peut également être recherchée sur ce fondement la responsabilité :

– de l'entreprise ayant réalisé les travaux à l'origine des nuisances (pourvoi nº 98-18.249 précité ; 1re Civ., 18 mars 2003, pourvoi nº 99-18.720, *Bull.* 2003, I, nº 77) ;

– du sous-traitant (3e Civ., 30 juin 1998, pourvoi nº 96-13.039, *Bull.* 1998, III, nº 144) ;

– du mandataire commun pour les travaux de gros œuvre (3e Civ., 13 avril 2005, pourvoi nº 03-20.575, *Bull.* 2005, III, nº 89) ;

– de l'architecte et des bureaux d'études du fait de leurs missions respectives (3e Civ., 28 avril 2011, pourvois nº 10-14.516 et nº 10-14.517, *Bull.* 2011, III, nº 59) et de l'ensemble des constructeurs, y compris de travaux publics, responsables des nuisances occasionnées par le chantier (3e Civ., 20 décembre 2006, pourvoi nº 05-10.855, *Bull.* 2006, III, nº 254 ; 3e Civ., 8 novembre 2018, pourvois nº 17-24.333 et nº 17-26.120, publié au *Bulletin*) en qualité de voisins occasionnels, à charge pour la victime des troubles d'établir que les nuisances sont imputables à l'accomplissement de la mission de tel ou tel intervenant sur le chantier.

§ II. Prescription des actions en troubles anormaux de voisinage

Par un arrêt du 13 septembre 2018 (2e Civ., 13 septembre 2018, pourvoi nº 17-22.474), la deuxième chambre civile de la Cour de cassation s'est prononcée pour la première fois de manière explicite sur le délai de prescription applicable en matière de troubles anormaux du voisinage, après avoir toutefois déjà rendu plusieurs décisions au visa de l'article 2270-1 du code civil, applicable avant la réforme du 17 juin 2008 et relatif à la prescription applicable aux actions en responsabilité extra-contractuelle.

La question posée par le pourvoi était de déterminer si l'action en réparation de tels troubles est soumise à la prescription trentenaire applicable aux actions réelles immobilières (article 2227 du code civil) ou à la prescription quinquennale applicable aux actions personnelles (article 2270-1 devenu 2224 du code civil).

Il est vrai que la mise en jeu de la théorie des troubles anormaux de voisinage tend à obtenir à la fois la fin des troubles et la réparation de dommages très divers, qu'il s'agisse de dommages matériels directement subis par le fonds, préjudice esthétique ou perte de valeur de celui-ci, ou de préjudices subis par la victime de ces troubles, notamment son préjudice de jouissance ou des atteintes à sa santé.

L'arrêt de la troisième chambre civile du 5 février 2014 (3e Civ., 5 février 2014, pourvoi nº 13-10.816), a retenu que l'action fondée sur le trouble anormal de voisinage tenant à la perte d'ensoleillement et de vue causée par la présence d'une construction relevait de la prescription trentenaire.

La théorie des troubles anormaux de voisinage trouve indéniablement son ancrage dans le droit de la propriété, auquel elle vient apporter une limite afin d'éviter que son

usage ne trouble anormalement la jouissance de ses voisins. Toutefois l'application de cette théorie ne trouve pas uniquement à s'appliquer dans les rapports entre fonds ou entre propriétaires puisque l'auteur comme la victime de ces troubles peuvent tout aussi bien être les propriétaires du bien immobilier mais également des locataires ou tout occupant de ces biens immobiliers, même dans certains cas des occupants à titre occasionnel. Il est dès lors difficile de considérer que l'action fondée sur les troubles anormaux de voisinage serait une action immobilière réelle puisqu'il ne s'agit pas d'un droit attaché au bien immobilier mais d'une action en responsabilité qui peut être mise en œuvre indépendamment du droit de propriété sur le bien concerné. Dans l'arrêt commenté, le propriétaire demandeur se plaignait de nuisances causées par le locataire du terrain voisin de sa propriété.

Dès lors, la responsabilité découlant des troubles excédant les inconvénients normaux de voisinage naissant de rapports personnels et non de rapports entre fonds, elle peut s'analyser en une action personnelle fondée sur la responsabilité objective de l'auteur du trouble et soumise de ce fait à la prescription applicable à la responsabilité extra-contractuelle désormais de cinq ans selon l'article 2224 du code civil. C'est la solution retenue par l'arrêt.

L'arrêt vient également apporter des précisions sur le point de départ de ce délai de prescription. Avant la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, l'article 2270-1 du code civil faisait courir ce délai du jour de la manifestation du dommage ou de son aggravation. L'article 2224 du code civil fait désormais courir le délai du jour où le titulaire de l'action a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer.

La question en l'espèce était de savoir si la manifestation du dommage devait s'entendre des nuisances sonores causées par l'activité de la société exercée sur le fonds voisin ou de la mise en vente par le demandeur de son bien, à l'occasion de laquelle la perte de valeur de celui-ci s'était révélée.

Le dommage réside en l'espèce dans la manifestation des troubles et non dans la perte de valeur du bien qui n'en est que l'une des conséquences. La cour d'appel a retenu que les nuisances sonores s'étaient manifestées, selon les constatations de l'expert, dès l'installation de la société en 1993, que celle-ci n'avait pas significativement modifié son activité et que le demandeur disposait donc d'un délai de dix ans à compter de cette date pour agir, de sorte que lors de l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 précitée, la prescription était d'ores et déjà acquise et que l'article 2224 du code civil ne trouvait pas à s'appliquer. Ce raisonnement est approuvé par l'arrêt, le demandeur ayant eu connaissance des troubles générés par l'activité de son voisin dès le début de l'activité de ce dernier, ce qui constitue, en l'absence de modification sensible de l'activité de la société et des troubles en découlant, le point de départ du délai pour agir.

Section 5. Puissance de la propriété et contrôle de proportionnalité dans le contentieux des mesures d'exécution forcée

La Cour de cassation vérifie que l'atteinte à la propriété résultant de la mise en œuvre d'une mesure d'exécution forcée est proportionnée à l'atteinte aux biens du débiteur et si d'autres mesures, moins coûteuses, n'auraient pas pu être mises en œuvre.

Ainsi que le relevait déjà le *Rapport annuel* 2013, à l'occasion de son étude consacrée à l'ordre public, « droit d'équilibre entre des parties aux intérêts antagonistes, le droit de l'exécution est d'abord un "droit à l'exécution", dont la Cour européenne des droits de l'homme décide qu'il est une partie intégrante du procès au sens de l'article 6, § 1 (CEDH, 19 mars 1997, Hornsby c. Grèce, n° 18357/91, § 40). On peut ainsi retenir que la finalité première du droit de l'exécution est la réalisation des droits du créancier » (Étude 2013, p. 371). Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs qualifié la saisie immobilière de « modalité de paiement de la créance du poursuivant » (Cons. const., 16 décembre 2011, décision n° 2011-206 QPC, M. Noël C.). Et ce rapport ajoutait : « la finalité protectrice du saisi – et plus généralement de la personne faisant l'objet d'une mesure d'exécution (telle la personne expulsée) – n'en constitue pas moins une donnée centrale du droit de l'exécution. On pourrait résumer l'équilibre en la matière en considérant que si la contrainte est destinée à la protection des droits du créancier, les conditions dans lesquelles cette contrainte s'exerce doivent garantir la protection du débiteur […]. Le Conseil constitutionnel insiste sur cette nécessaire conciliation (Cons. const., 13 juillet 2011, décision n° 2011-151 QPC, M. Jean-Jacques C. [Attribution d'un bien à titre de prestation compensatoire] : « l'exécution forcée sur les biens du débiteur est au nombre des mesures qui tendent à assurer cette conciliation [entre les droits patrimoniaux des créanciers et ceux des débiteurs] (considérant 4). » (*Rapport annuel* 2014, p. 371 ; V. CEDH, arrêt du 28 juillet 1999, Immobiliare Saffi c. Italie, n° 22774/93 ; CEDH, arrêt du 18 février 2011, Romanczyk c. France, n° 7618/05).

Les mécanismes mêmes du droit de l'exécution tendent ainsi à éviter toute disproportion dans l'atteinte portée aux droits du débiteur. Cela résulte d'abord de l'adéquation que ces mécanismes assurent entre l'objet et les effets de la mesure d'exécution. Ainsi en va-t-il en particulier de la saisie-attribution, qui n'emporte attribution au créancier saisissant de la créance qu'il saisit qu'à concurrence des sommes pour lesquelles cette saisie est pratiquée (article L. 211-2 du code des procédures civiles d'exécution), c'est-à-dire à hauteur du montant de la créance dont le saisissant poursuit le recouvrement contre le saisi. Même pour les saisies portant sur des biens non fongibles, le droit de l'exécution comporte des dispositifs tendant à assurer une adéquation entre la mesure pratiquée et la créance recouvrée. Ainsi l'article L. 221-4 du code des procédures civiles d'exécution dispose-t-il que l'agent chargé de la vente arrête les opérations lorsque le prix des biens vendus atteint un montant suffisant pour payer en principal, intérêts et frais les créanciers saisissant et opposants. De même, des dispositions permettent au juge de cantonner les effets de certaines mesures, en particulier celles portant sur des immeubles. Tel est le cas de l'article R. 532-9 du code des procédures civiles d'exécution, qui organise un cantonnement de l'hypothèque judiciaire provisoire dans le cas où elle porte sur un immeuble d'un prix manifestement disproportionné par rapport au montant de la créance (pour une application : 2e Civ., 21 mars 2013, pourvoi n° 12-15.071, *Bull.* 2013, II, n° 56).

Cela dit, la proportionnalité de la mesure ne se limite pas à cette seule adéquation entre la mesure d'exécution et la créance du poursuivant. En effet, même rapportée à la créance du poursuivant, la saisie de certains biens du débiteur pourrait porter une atteinte excessive à ses droits, que ce soit dans la procédure de saisie immobilière (§ I), dans le jeu de l'insaisissabilité (§ II) ou de mécanismes équivalents (§ III). Le contrôle de proportionnalité doit être articulé, dans ces hypothèses de procédures civiles d'exécution, avec l'abus de droit (§ IV).

§ I. Contrôle de proportionnalité dans la procédure de saisie immobilière

Ainsi peut-il en aller de la procédure de saisie immobilière qui entraîne un transfert forcé de propriété au détriment du débiteur, à des conditions financières que celui-ci ne maîtrise pas. En effet, c'est le créancier poursuivant qui fixe la mise à prix du bien en vue de la vente aux enchères (article L. 322-6 du code des procédures civiles d'exécution). Le débiteur peut certes saisir le juge de l'exécution, en cas d'insuffisance manifeste du montant de la mise à prix, afin de voir fixer celle-ci à un montant en rapport avec la valeur vénale de l'immeuble et les conditions du marché. Cependant, en cas de défaut d'enchère, le bien sera adjugé d'office au poursuivant, au montant initialement fixé par lui et non à celui déterminé par le juge.

Il a été soutenu, par une question prioritaire de constitutionnalité soumise à la Cour de cassation, que cette disposition (figurant à l'époque de la saisine de la Cour de cassation à l'article 2206 du code civil) méconnaissait la protection constitutionnelle du droit de propriété et des droits de la défense. Une violation des articles 2 (« le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression ») et 17 (« la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ») de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (DDHC) était, notamment, invoquée. Le débiteur saisi alléguait que le texte critiqué permettait au créancier poursuivant de fixer lui-même le montant auquel il deviendrait propriétaire faute d'enchère et que le bien pouvait donc être vendu à un prix inférieur à sa valeur réelle, portant ainsi atteinte à son droit de propriété.

Dans sa décision du 16 décembre 2011, le Conseil constitutionnel n'a pas suivi cette argumentation (Cons. const., 16 décembre 2011, décision nº 2011-206 QPC, M. Noël C. [Saisie immobilière, montant de la mise à prix]).

Il a, d'abord, indiqué que la procédure de saisie immobilière est une modalité de paiement de la créance détenue par le poursuivant, de sorte qu'elle ne constitue pas une privation de propriété au sens de l'article 17 de la DDHC. Le Conseil reprend ici le raisonnement qu'il avait suivi dans la décision précitée relative à l'attribution d'un bien à titre de prestation compensatoire (Cons. const., 13 juillet 2001, décision nº 2011-151 QPC, M. Jean-Jacques C. [Attribution d'un bien à titre de prestation compensatoire]).

Il a, ensuite, considéré que l'atteinte portée par la saisie immobilière au droit de propriété, au sens de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, était justifiée par un motif d'intérêt général – l'aboutissement de la procédure de paiement même en l'absence d'enchère – et qu'elle était proportionnée au but recherché, eu égard au

fait que la procédure offre des garanties suffisantes au débiteur pour éviter que le bien ne trouve pas enchérisseur (possibilité de solliciter une vente amiable, mesures de publicité…).

Le dispositif a donc été jugé conforme à la Constitution.

Il peut être rappelé que le Conseil constitutionnel avait déclaré non conforme à la Constitution une disposition incluse dans la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions, qui prévoyait un dispositif inverse selon lequel, à défaut d'enchère, le bien était adjugé d'office au poursuivant au montant fixé par le juge, c'est-à-dire éventuellement à un montant supérieur à celui établi par le poursuivant. Le Conseil avait considéré qu'un tel transfert de propriété était « contraire au principe du libre consentement qui doit présider à l'acquisition de la propriété, indissociable de l'exercice du droit de disposer librement de son patrimoine ; que ce dernier est lui-même un attribut essentiel du droit de propriété ». Le Conseil avait en outre indiqué : « considérant, au surplus, qu'au cas où le créancier devrait revendre ce bien à la suite de l'acquisition à laquelle il a été contraint et où, en raison de la situation du marché immobilier, la valeur de revente serait inférieure à la valeur fixée par le juge, il subirait une diminution de son patrimoine assimilable à une privation de propriété, sans qu'aucune nécessité publique ne l'exige évidemment et sans possibilité d'indemnisation » (Cons. const., 29 juillet 1998, décision n° 98-403 DC, Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions).

Ainsi, le débiteur peut voir son bien adjugé à un montant sur lequel il n'aura pu influer, en cas de défaut d'enchère, et qui pourra être inférieur au prix du marché.

Mais le créancier poursuivant doit de son côté veiller au montant qu'il a retenu pour la mise à prix dans le cahier des conditions de vente, puisqu'en cas de défaut d'enchère, il sera contraint d'acquérir le bien à ce prix, sans pouvoir, après la signification de ce cahier, en solliciter la modification. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation a en effet jugé que : « le montant de la mise à prix fixé par le créancier poursuivant dans le cahier des conditions de vente ne peut être modifié qu'à la demande du débiteur dans les conditions prévues à l'article L. 322-6, alinéa 2, du code des procédures civiles d'exécution. Dès lors, doit être approuvée la cour d'appel qui a débouté le créancier poursuivant de sa demande de modification à la baisse de la mise à prix fixée dans le cahier des conditions de vente » (2e Civ., 28 juin 2018, pourvoi n° 17-11.076, publié au *Bulletin*). Le créancier poursuivant s'expose donc, en cas de surévaluation du bien au moment de la fixation de la mise à prix initiale, à devoir verser ce montant et, ainsi que le notait le Conseil constitutionnel dans la décision n° 98-403 DC susmentionnée, à subir une diminution de son patrimoine. Cependant, celle-ci serait de son propre fait.

Les modalités de fixation et de modification du montant de la mise à prix tendent donc à assurer l'équilibre des droits des deux parties à la procédure de saisie immobilière.

§ II. Contrôle de proportionnalité et insaisissabilité

Le principe d'insaisissabilité de certains biens ou créances permet également d'éviter une atteinte disproportionnée aux droits du débiteur, notamment par l'insaisissabilité partielle des rémunérations, ou encore celle des biens de première nécessité listés par l'article R. 112-2 du code des procédures civiles d'exécution (vêtements, literie, etc.). Écartant une approche trop littérale de cette énumération, la Cour de cassation s'est

attachée, dans un arrêt du 28 juin 2012, à une lecture compréhensive de l'insaisissabilité « des instruments de travail nécessaires à l'exercice personnel de l'activité professionnelle » (article R. 112-2 susmentionné, 16º), en retenant « qu'un ordinateur utilisé pour la recherche d'un emploi doit être assimilé à un [tel] instrument » (2e Civ., 28 juin 2012, pourvoi nº 11-15.055, *Bull.* 2012, II, nº 126). De même, la Cour de cassation, qui veille à garantir l'insaisissabilité prévue par la loi de certaines prestations, seraient-elles versées sur un compte bancaire, peut être amenée à relever d'office un moyen de cassation tiré de cette insaisissabilité (2e Civ., 7 juin 2012, pourvoi nº 11-19.622, *Bull.* 2012, II, nº 103).

Toutefois, il n'est pas exclu que cette insaisissabilité puisse, à l'inverse, porter atteinte aux droits du créancier. Ainsi en a-t-il été jugé dans le cas d'une pension de retraite que le code des pensions de retraite des marins français du commerce, de pêche ou de plaisance déclare en principe insaisissable : au terme d'un contrôle de proportionnalité, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a retenu « que l'arrêt énonce exactement que l'article L. 30 du code des pensions de retraite des marins [abrogé depuis le 1er décembre 2010] dispose que ces pensions ne sont saisissables que par certains créanciers et qu'à concurrence d'un montant qui diffère selon la nature des créances ; qu'il constate que les deux principales créances de Mme R… n'entrent pas dans les prévisions de ce texte et que leur recouvrement se heurte à une insaisissabilité totale ; qu'il retient que M. M… fait systématiquement obstacle à l'exécution par Mme R… de toute décision de justice et a organisé son insolvabilité, faisant ainsi ressortir que Mme R… ne dispose pas d'autres voies d'exécution ; qu'il en déduit à bon droit que l'article L. 30 précité constitue, en l'espèce, une mesure discriminatoire, portant une atteinte non justifiée par un but légitime au droit de propriété de Mme R… et que son application contrevient ainsi aux dispositions combinées des articles 14 de la Convention et 1er du protocole additionnel nº 1 à cette Convention ; que par ces seuls motifs, la cour d'appel a légalement justifié sa décision d'autoriser la saisie des pensions dans les conditions et limites de la saisie des rémunérations du travail » (2e Civ., 3 mai 2007, pourvoi nº 05-19.439, *Bull.* 2007, II, nº 121).

§ III. Contrôle de proportionnalité et effet équivalent à l'insaisissabilité

Certains mécanismes, sans instituer une insaisissabilité légale, consacrent en réalité une atteinte d'effet équivalent aux droits du créancier, que la Cour de cassation a été amenée à considérer comme disproportionnée.

C'est ce qu'a jugé l'assemblée plénière de la Cour de cassation lorsqu'elle a été appelée à examiner la compatibilité avec l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de homme et des libertés fondamentales de la législation relative au désendettement des rapatriés réinstallés dans une profession non salariée. Cette législation de solidarité envers « les personnes ayant dû ou estimé devoir quitter, par suite d'événements politiques, un territoire où ils étaient établis et qui était antérieurement placé sous la souveraineté, le protectorat ou la tutelle de la France […] » (article 1er de la loi nº 61-1439 du 26 décembre 1961 relative à l'accueil et la réinstallation des Français d'outre-mer), prévoyait notamment une suspension des poursuites en faveur de ces débiteurs. À la suite d'une évolution législative, le champ matériel des mesures de protection de ces personnes avait été accru, pour concerner des types de dettes plus variés. Les personnes protégées étaient devenues plus nombreuses, pour couvrir le débiteur personne physique, mais aussi personne morale, les cautions, les indivisions, les conjoints puis les sociétés civiles im-

mobilières. Si le dispositif mis en place nécessitait au départ l'intervention d'un juge judiciaire, il en fut ensuite évincé, la suspension des poursuites étant acquise de plein droit, par suite du simple dépôt d'une demande de désendettement auprès d'une commission administrative et jusqu'à l'expiration des recours contre la décision ayant rejeté la demande. Cette suspension affectait toutes les procédures civiles, voies d'exécution, procédures collectives et mesures conservatoires.

Au regard de ce mécanisme, qui privait les créanciers du droit de recouvrer leur créance pendant un temps indéterminé, la Cour de cassation a jugé :

« Si l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme permet à l'État de limiter le droit d'accès à un tribunal dans un but légitime, c'est à la condition que la substance même de ce droit n'en soit pas atteinte et que, si tel est le cas, les moyens employés soient proportionnés à ce but. Il s'ensuit que les dispositions relatives au désendettement des rapatriés réinstallés dans une profession non salariée, résultant des articles 100 de la loi n° 97-1269 du 30 décembre 1997 de finances pour 1998, 76 de la loi n° 98-546 du 2 juillet 1998 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, 25 de la loi n° 98-1266 du 30 décembre 1998 de finances pour 1999, 2 du décret n° 99-469 du 4 juin 1999 relatif au désendettement des rapatriés réinstallés dans une profession non salariée et 77 de la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, qui organisent, sans l'intervention d'un juge, une suspension automatique des poursuites, d'une durée indéterminée, portent atteinte, dans leur substance même, aux droits des créanciers, privés de tout recours, alors que le débiteur dispose de recours suspensifs devant les juridictions administratives ; qu'ainsi, c'est à bon droit qu'une cour d'appel, statuant en référé, alors que la créance n'est pas discutée et qu'à cette date, la suspension des poursuites perdure sans qu'aucune décision ne soit intervenue sur l'admission de la demande du rapatrié, fait droit à la demande de provision du créancier » (Ass. plén., 7 avril 2006, pourvoi n° 05-11.519, *Bull.* 2006, Ass. plén., n° 3). Plusieurs arrêts ont été rendus à la suite de cette décision prise en formation solennelle, notamment en matière de saisie immobilière (2e Civ., 4 octobre 2007, pourvoi n° 06-14.669 ; 2e Civ., 15 janvier 2009, pourvoi n° 08-10.441).

Par la suite, l'article 100 de la loi n° 97-1269 du 30 décembre 1997 de finances pour 1998 dans sa rédaction postérieure à l'article 25 de la loi n° 98-1267 du 30 décembre 1998 de finances rectificative pour 1998 a été déclaré contraire à la Constitution par le Conseil constitutionnel le 27 janvier 2012 (Cons. const., 27 janvier 2012, décision n° 2011-213 QPC, COFACE [Suspension des poursuites en faveur de certains rapatriés]) sur le fondement des articles 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Un décret du 29 décembre 2014 a limité dans le temps la suspension des poursuites résultant du dépôt d'une demande tendant à bénéficier du mécanisme institué en faveur des rapatriés.

§ IV. Contrôle de proportionnalité et abus de droit dans les procédures civiles d'exécution

Enfin, l'article L. 111-7 du code des procédures civiles d'exécution porte la marque de la conciliation des droits en présence, en disposant, d'un côté, que le créancier a le choix des mesures propres à assurer l'exécution ou la conservation de sa créance et, de l'autre, que l'exécution de ces mesures ne peut excéder ce qui se révèle nécessaire pour obtenir le

paiement de l'obligation. On comprend que les droits respectifs des parties en présence ne sont ainsi pas absolus, le même code en sanctionnant du reste l'abus : du côté du créancier, l'article L. 121-2 confère au juge de l'exécution le pouvoir d'ordonner la mainlevée de toute mesure qui s'avère non seulement inutile, faisant ainsi le pendant avec l'article L. 111-7, mais aussi abusive et de condamner dans ce dernier cas le créancier à des dommages-intérêts ; du côté du débiteur, ce même juge peut le condamner à de tels dommages-intérêts en cas de résistance abusive.

La sanction de l'abus de droit n'apparaît pas conduire le juge à devoir mettre en œuvre un contrôle de proportionnalité, au sens que ce contrôle revêt pour l'appréciation du respect des droits garantis par la Constitution ou la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en procédant à la conciliation de droits d'égale valeur. En effet, il est jugé qu'il résulte de la combinaison des articles L. 111-7, L. 121-2 du code des procédures civiles d'exécution et L. 221-8 du code de l'organisation judiciaire que le juge du tribunal d'instance, exerçant les pouvoirs du juge de l'exécution, dispose de celui de rejeter une requête présentée par un créancier en vue de la saisie des rémunérations de son débiteur, lorsqu'elle procède d'un abus de droit par le créancier, lequel ne saurait, en ce cas, se prévaloir de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui, s'il tend à la protection effective et concrète des droits que ce texte garantit, n'en permet pas l'abus (2e Civ., 20 avril 2017, pourvoi nº 16-15.936, *Bull.* 2017, II, nº 78). Ainsi la caractérisation d'un abus de droit fait-elle échec à l'application de l'article 6, § 1, susmentionné. En revanche, l'abus constituant une faute civile qui doit avoir entraîné un préjudice pour la partie adverse – de sorte que les arrêts rendus en la matière le sont notamment au visa de l'article 1382, devenu 1240, du code civil (pour des illustrations : 2e Civ., 18 juin 2009, pourvoi nº 08-18.379, *Bull.* 2009, II, nº 169) – le juge appelé à apprécier cet abus le fera, conformément à l'article L. 111-7 susmentionné, en ayant égard au caractère excessif de la mesure mise en œuvre par le créancier (pour une illustration : 2e Civ., 10 mai 2007, pourvoi nº 05-13.628).

Quant à la prohibition des mesures inutiles, la portée exacte de celle-ci doit être bien circonscrite. Il ne faut en effet pas déduire des textes susmentionnés que le créancier ne pourrait pratiquer de mesures d'exécution que sur des biens dont la valeur est égale ou proche à sa propre créance.

Cela est en particulier démontré de façon éclairante par la jurisprudence en matière de saisie immobilière. Il découle de cette jurisprudence que la modicité de la créance ne saurait, en soi, interdire à son bénéficiaire de saisir un immeuble d'une valeur nettement supérieure à celle de sa créance. Simplement, s'il apparaît que le créancier dispose d'autres mesures d'exécution lui permettant de recouvrer sa créance de façon efficace, la saisie de l'immeuble de son débiteur sera analysée en une mesure d'exécution non nécessaire. Mais ce cas de figure demeure circonscrit, ainsi que les règles en matière de charge de la preuve le démontrent, puisqu'il appartient au débiteur d'établir que la mesure d'exécution excède ce qui se révèle nécessaire pour obtenir le paiement de l'obligation. (2e Civ., 15 mai 2014, pourvoi nº 13-16.016, *Bull.* 2014, II, nº 113 ; pour une autre application : 2e Civ., 1er février 2018, pourvoi nº 16-26.679). Il lui incombe de démontrer, non seulement que le bien saisi présente une valeur excédant celle de la créance à recouvrer, mais surtout que le créancier devait avoir connaissance qu'il disposait d'autres mesures d'exécution mieux proportionnées. On comprend, par conséquent, que la résistance ou l'inertie du débiteur sont de nature à exclure toute mainlevée de la saisie immo-

bilière : « qu'ayant relevé, d'une part, que le débiteur n'avait jamais fait aucune proposition de règlement, alors même que les locaux saisis étaient donnés à bail, et, d'autre part, que le créancier poursuivant s'était vu opposer une résistance lorsqu'il s'était renseigné sur l'existence d'un bail lui permettant de pratiquer une saisie-attribution, laquelle n'avait pu être mise en place que temporairement, une fois le créancier renseigné par l'état descriptif de l'huissier de justice, jusqu'au départ du locataire, la cour d'appel a pu décider que la banque n'avait pas commis de faute en poursuivant une procédure de saisie immobilière contre la société » (2e Civ., 13 octobre 2016, pourvoi no 15-26.173).

D'autres illustrations de cet équilibre sont fournies par la jurisprudence. Ainsi l'inutilité de la mesure ne peut découler exclusivement de la modicité ou du caractère résiduel ou accessoire de la créance du poursuivant : il résulte de l'article L. 111-8 du code des procédures civiles d'exécution « que les frais de poursuite sont l'accessoire de la dette pour le paiement de laquelle a été diligentée la procédure de saisie immobilière ; que dès lors, le créancier saisissant, bien qu'ayant été désintéressé des causes du commandement en principal par le saisi, est fondé à continuer les poursuites de saisie immobilière contre celui-ci tant qu'il n'a pas obtenu le règlement desdits frais » (2e Civ., 22 juin 2017, pourvoi no 16-18.901, *Bull.* 2017, II, no 147 ; 2e Civ., 7 décembre 2017, pourvoi no 16-23.313). De même, se détermine « par des motifs impropres à caractériser l'inutilité de la saisie immobilière » la cour d'appel qui, « pour ordonner la mainlevée de la mesure de saisie immobilière, […] retient, par motifs adoptés, que la créance dont l'exécution forcée était poursuivie était modique au regard de la valeur du bien saisi, qu'un chèque de 1 000 euros proposé par le saisi avait été déposé sur un compte CARPA après refus par le saisissant de le percevoir, que le bien saisi donné en location générait un loyer mensuel de 736,58 euros lequel séquestré sur un compte CARPA, après opposition diligentée par le créancier poursuivant, pouvait, par la suite, donner lieu à la mise en œuvre d'une mesure de saisie-attribution, les causes de la poursuite litigieuse pouvant être réglées en dix mois environ, de sorte que la saisie immobilière présentait un caractère inutile ». De même encore, le caractère inutile de la mesure d'exécution ne peut pas résulter de la brièveté du délai séparant la signification du jugement et sa mise à exécution (2e Civ., 22 juin 2017, pourvoi no 16-16.897).

Section 6. Puissance de la propriété et contrôle de proportionnalité en matière de saisies et confiscations pénales

En matière pénale, le contrôle de la nécessité et de la proportionnalité, au regard du droit de propriété exercé sur le bien saisi ou confisqué, des peines complémentaires de confiscation (article 131-21 du code pénal) ou des mesures de saisie spéciale portant sur les biens confiscables et étant destinées à garantir l'exécution des confiscations (articles 706-141 et suivants du code de procédure pénale), dépend, pour la chambre criminelle, du lien existant ou non entre le bien et l'infraction.

En effet, il résulte des dispositions de l'article 131-21 du code pénal, relatif au contenu et aux modalités d'application de la peine complémentaire de confiscation, que sont confiscables, en nature ou en valeur (article 131-21, alinéa 9, du code pénal), lorsque cette peine est prévue par la loi ou le règlement, les biens qui entretiennent un certain lien avec l'infraction poursuivie, comme étant le produit, l'objet ou l'instrument de celle-ci (article

131-21, alinéas 2 et 3, du code pénal), les biens qui sont présumés être le produit de l'activité délictueuse de l'auteur, s'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement et ayant procuré un profit direct ou indirect (article 131-21, alinéa 5, du code pénal) et enfin, lorsque la loi qui réprime le crime ou le délit le prévoit, tout ou partie des biens appartenant au condamné ou étant à sa libre disposition (article 131-21, alinéa 6, du code pénal), sans que ne soit alors exigé que soit rapportée la preuve d'un lien quelconque entre le bien confisqué et l'infraction, comme l'a jugé la chambre criminelle (Crim., 8 juillet 2015, pourvoi n° 14-86.938, *Bull. crim.* 2015, n° 180 ; *D.* 2015. 1541 ; *Gaz. pal.*, 3 novembre 2015, n° 307, p. 30, obs. S. Detraz ; Crim., 21 mars 2018, pourvoi n° 16-87.074).

Or, la chambre criminelle de la Cour de cassation fait varier tant le champ d'application (§ I) que les règles de mise en œuvre (§ II) du contrôle de nécessité et de proportionnalité des peines complémentaires de confiscations et des mesures de saisie spéciale, qui en partagent les conditions de fond ; elle le fait en fonction de la nature des relations devant ou non exister entre le bien dont la confiscation est envisagée et l'infraction poursuivie.

§ I. Champ d'application du contrôle de proportionnalité

Il ne pèse pas sur le juge répressif de devoir de contrôler la nécessité et la proportionnalité de l'ensemble des peines de confiscation et des mesures de saisie spéciale qu'il ordonne. En l'état de la jurisprudence de la chambre criminelle, en effet, le principe de proportionnalité s'applique à l'ensemble de ces mesures (A), à l'exception cependant de celles qui, qu'elles soient prononcées en nature ou en valeur, portent sur un bien qui, dans sa totalité, est le produit ou l'objet de l'infraction (B).

A. Principe du contrôle de proportionnalité

La chambre criminelle de la Cour de cassation a imposé le principe du contrôle de la nécessité et de la proportionnalité, par le juge répressif, des saisies et confiscations pénales.

En matière de confiscations, ce principe ressort d'un arrêt rendu le 27 juin 2018 par la chambre criminelle de la Cour de cassation, réunie en sa formation la plus solennelle, dans lequel il a été énoncé que, « hormis le cas où la confiscation porte sur un bien qui, dans sa totalité, constitue le produit de l'infraction, le juge, en ordonnant une telle mesure, doit apprécier le caractère proportionné de l'atteinte portée au droit de propriété de l'intéressé lorsqu'une telle garantie est invoquée ou procéder à cet examen d'office lorsqu'il s'agit d'une confiscation de tout ou partie du patrimoine » (Crim., 27 juin 2018, pourvoi n° 16-87.009, *Bull. crim*. 2018, n° 128 ; *D.* 2018, somm., p. 1494 ; *Gaz. Pal.* 2018, n° 30, p. 27, note R. Mésa), principe qui a été complété par un arrêt rendu le 15 mai 2019 qui a qualifié d'inopérant « le moyen pris de la violation du principe de proportionnalité en raison de l'atteinte portée au droit de propriété par une mesure de confiscation, en nature ou en valeur, tant du produit direct ou indirect de l'infraction que de son objet » (Crim., 15 mai 2019, pourvoi n° 18-84.494, publié au *Bulletin*).

Ces deux arrêts ont fait la synthèse de la jurisprudence de la chambre criminelle rendue en la matière, puisqu'il avait déjà été imposé au juge répressif de s'assurer du caractère

proportionné de la peine complémentaire de confiscation de tout ou partie du patrimoine du condamné prononcée sur le fondement du sixième alinéa de l'article 131-21 du code pénal (Crim., 30 mars 2016, pourvoi n° 15-81.550, *Bull. crim.* 2016, n° 104 ; *D.* 2016. 2424, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, C. Ginestet, M.-H. Gozzi, L. Miniato et S. Mirabail ; Crim., 24 mai 2016, pourvoi n° 15-81.287 ; *AJ pénal* 2017. 142, obs. O. Violeau ; Crim., 16 novembre 2016, pourvoi n° 16-80.156 ; Crim., 7 décembre 2016, pourvoi n° 15-85.136, *Bull. crim.* 2016, n° 330 ; *D.* 2016. 2519 ; *D.* 2017. 245, chron. G. Guého, L. Ascensi, E. Pichon, B. Laurent et G. Barbier ; *AJ pénal* 2017. 141 ; Crim., 8 mars 2017, pourvoi n° 15-87.422, *Bull. crim.* 2017, n° 66 ; *D.* 2017. 648 ; *D.* 2501, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, C. Ginestet, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et E. Tricoire ; *RDI* 2017. 240, obs. G. Roujou de Boubée). De même, il se déduisait de plusieurs décisions de la chambre criminelle que le juge répressif devait contrôler la proportionnalité de la confiscation de l'instrument de l'infraction (Crim., 13 juin 2017, pourvoi n° 16-83.201, *Bull. crim.* 2017, n° 164, *D.* 2017. 1305 ; Crim., 5 septembre 2018, pourvoi n° 17-82.888 ; Crim., 26 juin 2018, pourvoi n° 17-86.678), ce qui a été expressément affirmé par la suite (Crim., 13 novembre 2018, pourvoi n° 18-80.027).

Ce principe a été décliné par la chambre criminelle de la Cour de cassation en matière de saisies spéciales. Ainsi a-t-il été imposé au juge des libertés et de la détention, au juge d'instruction et à la chambre de l'instruction de contrôler le caractère proportionné, au regard du droit de propriété, des saisies de patrimoine organisées par l'article 706-148 du code de procédure pénale et portant sur les biens confiscables sur le fondement du cinquième ou sixième alinéa de l'article 131-21 du code pénal, en énonçant que « le juge qui prononce une mesure de saisie de tout ou partie du patrimoine doit apprécier le caractère proportionné de l'atteinte portée aux droits de l'intéressé » (Crim., 4 mai 2017, pourvoi n° 16-87.330).

B. Exceptions au contrôle de proportionnalité

Le contrôle de la nécessité et de la proportionnalité des saisies et confiscations pénales a au contraire été exclu par la chambre criminelle lorsque ces mesures, prononcées en nature ou en valeur, portent sur des biens qui, dans leur totalité, constituent l'objet ou le produit direct ou indirect de l'infraction (Crim., 12 octobre 2016, pourvoi n° 16-82.322, *Bull. crim.* 2016, n° 265 ; Crim., 7 décembre 2016, pourvoi n° 16-80.879, *Bull. crim.* 2016, n° 331 ; *JCP* 2017, éd *.G,* act. 13, obs. J.-H. Robert ; *AJ pén.* 2017. 142, obs. O. Violeau ; *Dr. pén.* 2017, comm. 31, obs. V. Peltier ; Crim., 5 janvier 2017, pourvoi n° 16-80.275, *Bull. crim.* 2017, n° 7 ; Crim., 3 mai 2018, pourvoi n° 17-82.098, *Bull. crim*. 2018, n° 79 ; Crim., 24 octobre 2018, pourvoi n° 18-80.834, *Bull. crim*. 2018, n° 178, *D.* 2018. 2093 ; *ibid*. 2259, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, C. Ginestet, S. Mirabail et E. Tricoire). Comme l'a relevé un auteur, « la justification de la solution est facilement devinée : cette peine n'est que l'effacement de la conséquence illégale de l'infraction, l'enrichissement du condamné » (J.-H. Robert, « Les confiscations et les mesures de leur proportionnalité », *Dr. Pénal* 2017, comm. 2). Il reste que les contours de ce principe doivent être précisés et que celui-ci comprend de surcroît certaines exceptions.

Ainsi, l'exclusion du contrôle de proportionnalité s'applique aux seuls biens qui constituent dans leur totalité l'objet ou le produit direct ou indirect de l'infraction, ce dont il résulte que le juge répressif doit mettre en œuvre le contrôle de proportionnalité lorsqu'il saisit ou confisque des biens qui ont été acquis seulement en partie avec le produit de

l’infraction. Il a en effet été énoncé que s’il résulte de l’article 131-21, alinéa 3, du code pénal qu’un bien qui constitue le produit de l’infraction peut faire l’objet d’une mesure de confiscation, totale ou partielle selon le choix opéré par les juges du fond, si ledit produit a été mêlé à des fonds d’origine licite pour l’acquisition du bien en cause, il n’en demeure pas moins que « les juges amenés à prononcer une telle mesure doivent motiver leur décision, s’agissant de la partie du bien acquise avec des fonds licites, au regard de la nécessité et la proportionnalité de l’atteinte ainsi portée au droit de propriété et au droit au respect de la vie privée de l’intéressé, lorsque de telles garanties sont invoquées » (Crim., 22 mars 2017, pourvoi n° 16-82.051, *Bull. crim.* 2017, n° 80 ; *AJ pénal* 2017. 299, obs. O. Violeau ; *Gaz. pal.* 18 juillet 2017, n° 27, p. 54, obs. S. Detraz). Ce principe a été décliné dans le domaine des saisies spéciales, où il a été énoncé que « le juge qui autorise ou ordonne la saisie d’un bien acquis au moyen de fonds constituant l’objet ou le produit de l’infraction et de fonds licites doit motiver sa décision, s’agissant de ces derniers, au regard de la nécessité et la proportionnalité de l’atteinte ainsi portée au droit de propriété » (Crim., 27 juin 2018, pourvoi n° 17-84.280, *Bull. crim.* 2018, n° 127 ; *D.* 2018. 1441).

Par ailleurs, le principe de proportionnalité retrouve à s’appliquer dans le cas particulier où les faits ont été commis par plusieurs coauteurs ou complices, lorsque le juge répressif saisit ou confisque en valeur un bien, à titre de produit de l’infraction, sans que soit rapportée la preuve que l’intéressé a effectivement tiré profit de ce produit. Dans ce cas, il a en effet été affirmé que « le juge qui ordonne la saisie en valeur d’un bien appartenant ou étant à la libre disposition d’une personne, alors qu’il ne résulte pas des pièces de la procédure de présomptions qu’elle a bénéficié de la totalité du produit de l’infraction, doit apprécier, lorsque cette garantie est invoquée, le caractère proportionné de l’atteinte portée au droit de propriété de l’intéressé s’agissant de la partie du produit de l’infraction dont elle n’aurait pas tiré profit » (Crim., 24 octobre 2018, pourvoi n° 18-80.834, *Bull. crim.* 2018, n° 178).

Si donc la chambre criminelle de la Cour de cassation a fait dépendre l’application du contrôle de proportionnalité des saisies et confiscations pénales du fondement du caractère confiscable du bien en cause, il en va de même, au moins pour partie, s’agissant des règles de mise en œuvre de ce contrôle.

§ II. Mise en œuvre du contrôle de proportionnalité

La chambre criminelle de la Cour de cassation a pour partie fait varier les règles de mise en œuvre du contrôle de la nécessité et de la proportionnalité des saisies et confiscations pénales en fonction du lien existant ou non entre le bien et l’infraction.

Ainsi, il ne pèse pas sur le juge répressif le devoir de contrôler d’office le caractère proportionné de toutes les peines de confiscation et de l’ensemble des mesures de saisie spéciale qu’il ordonne. Il y a lieu à cet égard de distinguer entre les cas où ce contrôle doit être exercé d’office et ceux où un tel contrôle ne devra être mis en œuvre que si se trouve spécialement invoqué le caractère disproportionné de l’atteinte portée par la mesure au droit de propriété. La chambre criminelle a en effet posé pour principe, dans un arrêt du 27 juin 2018, que le juge répressif « doit apprécier le caractère proportionné de l’atteinte portée au droit de propriété de l’intéressé lorsqu’une telle garantie est invoquée ou procéder à cet examen d’office lorsqu’il s’agit d’une confiscation de tout ou partie du patrimoine » (Crim., 27 juin 2018, pourvoi n° 17-84.280, préc.). Ainsi, à l’intérieur du

champ d'application du principe de proportionnalité, seules doivent faire l'objet d'un contrôle d'office de leur caractère proportionné les peines de confiscation de patrimoine fondées sur le sixième alinéa de l'article 131-21 du code pénal, tandis que, dans l'ensemble des autres cas de confiscation, il appartiendra au propriétaire du bien confisqué de spécialement invoquer l'atteinte disproportionnée portée par la confiscation à son droit de propriété. Il faut seulement relever que, dans la jurisprudence de la chambre criminelle, cette distinction n'a pour l'instant pas été étendue au domaine des saisies spéciales, dans lequel la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité dépend de l'invocation, par le propriétaire du bien saisi, du caractère disproportionné de l'atteinte portée à son droit de propriété. Ainsi, si la chambre criminelle a posé pour principe que « le juge qui prononce une mesure de saisie de tout ou partie du patrimoine doit apprécier le caractère proportionné de l'atteinte portée aux droits de l'intéressé » (Crim., 4 mai 2017, pourvoi n° 16-87.330), ou encore que « le juge qui autorise ou ordonne la saisie d'un bien acquis au moyen de fonds constituant l'objet ou le produit de l'infraction et de fonds licites, doit motiver sa décision, s'agissant de ces derniers, au regard de la nécessité et la proportionnalité de l'atteinte ainsi portée au droit de propriété » (Crim., 27 juin 2018, pourvoi n° 17-84.280, *Bull. crim*. 2018, n° 127 ; *D*. 2018. 1141), ces principes ont été énoncés dans des affaires où le caractère disproportionné des mesures ordonnées avait été spécialement invoqué. Au contraire, la chambre criminelle de la Cour de cassation a énoncé, pour approuver la décision d'une chambre de l'instruction ayant confirmé l'ordonnance d'un juge d'instruction prescrivant une saisie de patrimoine immobilière, que « la requérante [n'avait] pas explicité en quoi cette saisie porterait une atteinte disproportionnée à son droit de propriété » (Crim., 11 octobre 2017, pourvoi n° 17-80.987).

Au contraire, les critères au regard desquels le juge répressif doit procéder au contrôle du caractère proportionné des peines de confiscation et des mesures de saisie spéciale qu'il ordonne sont identiques dans l'ensemble du champ d'application de ce contrôle, tout comme le niveau de contrôle que la Cour de cassation se reconnaît en la matière. En matière de confiscation, quel que soit le fondement de la mesure, il appartient ainsi au juge répressif de contrôler le caractère proportionné de celle-ci au regard de la « gravité concrète des faits » et de la « situation personnelle » de l'intéressé (Crim., 16 novembre 2016, pourvoi n° 16-80.156 ; Crim., 7 décembre 2016, pourvoi n° 15-85.136, *Bull. crim.* 2016, n° 330 ; Crim., 22 mars 2017, pourvoi n° 16-82.051, *Bull. crim.* 2017, n° 80 ; Crim., 9 janvier 2018, pourvoi n° 17-80.638 ; Crim., 9 janvier 2019, pourvoi n° 16-82.036). A d'ailleurs été qualifié d'inopérant « le grief qui invoque le caractère disproportionné de la saisie, non pas avec la gravité concrète des faits et la situation personnelle de l'intéressée, mais avec la seule créance indemnitaire *in futurum* que la saisie n'a pas pour fonction de garantir » (Crim., 16 janvier 2019, pourvoi n° 17-83.006, *Bull. crim*. 2019, n° 20 ; Crim., 16 janvier 2019, pourvoi n° 17-82.997). De même, le niveau de contrôle de la Cour de cassation du caractère proportionné des saisies et confiscations pénales ne varie nullement suivant le type de mesure soumis à son contrôle. La proportionnalité de ces mesures est en effet laissée par la chambre criminelle à l'appréciation souveraine des juges du fond et son contrôle porte sur la seule motivation de leur décision, laquelle, conformément au droit commun de l'article 593 du code de procédure pénale, doit être suffisante, exempte de contradictions et répondre aux moyens péremptoires des parties.

Section 7. Contrôle de proportionnalité et exercice du droit de propriété de l'associé

Le contrôle de proportionnalité trouve également à s'appliquer en droit des sociétés.

Sont notamment concernées les sociétés civiles, au sein desquelles l'associé doit être en mesure de faire valoir son droit de propriété. À cet égard, s'avère significative la récente évolution de la jurisprudence de la première chambre civile de la Cour de cassation en matière de groupement foncier agricole.

Rappelons qu'un tel groupement est une société civile partiellement régie par le code rural et de la pêche maritime, dont l'article L. 322-23 dispose que les associés d'un groupement foncier agricole peuvent, sans préjudice des droits des tiers, se retirer totalement ou partiellement de la société dans les conditions prévues par les statuts et, qu'à défaut, le retrait ne peut être autorisé que par une décision unanime des autres associés. Une telle disposition déroge au droit commun des sociétés civiles, inscrit dans le code civil, dont l'article 1869 ajoute au retrait conventionnel le retrait judiciaire autorisé pour justes motifs.

Même si une telle dérogation est permise par le premier alinéa de l'article 1845 du code civil, s'est posée la question de sa conformité à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, plus précisément à l'article 6, § 1, en ce que l'associé se trouve privé d'un droit d'accès au juge, mais également à l'article 1er du premier protocole additionnel, en ce que l'associé peut être privé du droit de disposer de ses parts sociales, dans l'hypothèse où le cessionnaire désigné par ses soins n'est pas agréé par les autres associés et que ceux-ci refusent le rachat de ses parts.

Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 3 juin 2010 (1re Civ., 3 juin 2010, pourvoi nº 09-65.995, *Bull.* 2010, I, nº 125) a considéré qu'aucun de ces droits fondamentaux n'était atteint, dès lors, d'une part, que les dispositions régissant les groupements fonciers agricoles étaient dictées par des objectifs de politique agricole visant à éviter le démembrement des propriétés rurales en favorisant leur conservation au sein des familles et leur transmission sur plusieurs générations, d'autre part, que l'associé tirait profit, par la perception de dividendes, de ses parts sociales qui demeuraient cessibles sous réserve de l'accord des autres associés.

Saisie d'un nouveau pourvoi l'invitant à confirmer sa jurisprudence au regard de l'article 1er du premier protocole additionnel de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la première chambre civile a, dans un arrêt du 1er mars 2017 (1re Civ., 1er mars 2017, pourvoi nº 15-20.817, *Bull.* 2017, I, nº 48), opéré un revirement qui ménage un droit d'accès au juge et institue un contrôle de proportionnalité.

En effet, procédant par substitution de motif, l'arrêt précité retient que si l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales permet à l'État de limiter le droit d'accès à un tribunal dans un but légitime, c'est à la condition que la substance même de ce droit n'en soit pas atteinte, de sorte que l'associé d'un groupement foncier agricole doit pouvoir solliciter judiciairement son retrait, nonobstant les dispositions de l'article L. 322-23 du code rural et de la pêche maritime, à charge pour le juge saisi d'opérer un contrôle de proportionnalité entre l'objectif poursuivi par la limitation légale du droit de retrait et le respect du droit de propriété de l'associé retrayant.

À la faveur du droit d'accès au juge, l'associé du groupement foncier agricole se trouve donc en situation de solliciter judiciairement son retrait et ainsi de bénéficier du plein exercice de son droit de propriété, sauf à souligner que la nécessaire mise en balance entre le légitime exercice de ce droit et l'objectif poursuivi par sa limitation ne tournera pas forcément à l'avantage de l'associé, la pérennité du groupement pouvant justifier l'exclusion de tout retrait.

Si une telle décision ne préfigure pas nécessairement la généralisation du droit de l'associé d'invoquer judiciairement son retrait quelle que soit la forme de la société civile (1re Civ., 12 décembre 2018, pourvoi nº 17-12.467, publié au *Bulletin*, dont s'infère la persistance de l'exclusion du droit de retrait dans les sociétés d'exercice libéral à responsabilité limitée d'avocats), elle témoigne, en tout cas, lorsqu'un tel droit est consacré, de la nécessité d'une rigoureuse mise en balance des intérêts en présence (1re Civ., 6 septembre 2017, pourvoi nº 16-13.879), laquelle est susceptible de servir le plein exercice du droit de propriété de l'associé.

Section 8. Puissance de la propriété et contrôle de proportionnalité dans la revendication en droit des procédures collectives

Dans le cadre des procédures collectives, c'est l'équilibre souhaité entre, d'une part, la pérennité de l'entreprise et la protection du gage commun des créanciers, et, d'autre part, le droit de propriété, qui a conduit la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation à s'interroger sur la conformité au principe de proportionnalité de la procédure restrictive de revendication organisée par le livre VI du code de commerce.

Reprenant un principe général du droit des entreprises en difficulté (loi nº 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes ; loi nº 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises) l'article L. 624-9 du code de commerce impose au propriétaire de biens meubles de revendiquer son droit de propriété à la procédure collective dans un délai très court (trois mois à compter de la publication du jugement d'ouverture) pour rendre opposable son droit de propriété à la procédure collective.

Avant la réforme de la loi nº 85-98 du 25 janvier 1985 précitée par la loi nº 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, cette procédure de revendication s'imposait quel que fût le titre invoqué, y compris lorsque le revendiquant se prévalait d'un droit fondé sur un contrat publié, en particulier le crédit-bail (Com., 8 mars 1994, pourvoi nº 92-14.394, *Bull*. 1994, IV, nº 101 ; Com., 23 mai 1995, pourvoi nº 93-10.439, *Bull*. 1995, IV, nº 153). Depuis l'entrée en vigueur de la loi nº 94-475 du 10 juin 1994 précitée, lorsque le droit de propriété résulte d'un contrat régulièrement publié, le propriétaire est dispensé d'avoir à se soumettre à la procédure de revendication (article L. 624-10 du code de commerce).

Ainsi, lorsque le propriétaire de biens meubles a régulièrement revendiqué son bien dans le délai légal ou s'il est dispensé de revendication, le bien doit lui être restitué et échappe à la procédure collective. Si la restitution en nature n'est pas possible, le propriétaire peut prétendre à une restitution en valeur, qui est une obligation pour les organes de la procédure. À l'inverse, lorsque le bien n'a pas été revendiqué dans le délai légal, il

entre dans le gage des créanciers et le liquidateur peut en disposer, voire le détruire. C'est cette atteinte au droit de propriété qui soulève la question de sa proportionnalité avec le principe conventionnel (et constitutionnel) de proportionnalité.

La question a été très récemment directement posée à la chambre commerciale (Com., 3 avril 2019, pourvoi nº 18-11.247, publié au *Bulletin*). Dans cette espèce, un matériel avait été loué, qui avait subi un sinistre à la suite de son immersion dans un étang. Alors que le locataire du matériel avait été mis en liquidation judiciaire, le loueur, sans revendiquer à la procédure, a fait procéder à l'enlèvement de la machine de l'étang et repris possession de son bien (la durée de la location étant expirée). Le liquidateur a demandé restitution de la machine au loueur au motif que celle-ci étant entrée dans le gage commun des créanciers et qu'elle devait donc faire partie de l'actif réalisable. Après avoir constaté que l'application de l'article L. 624-9 du code de commerce devait conduire à condamner le loueur à restituer la machine, la cour d'appel rejette toutefois la demande au motif que l'application des dispositions de ce texte constitue en l'espèce une ingérence disproportionnée dans le droit de propriété du loueur, dès lors que celui-ci se retrouve définitivement privé du droit de jouir et de disposer de sa chose par la réalisation des actifs au stade de la liquidation, sans que cette privation soit justifiée par la sauvegarde de l'entreprise, le mandataire n'ayant justifié d'aucune démarche pour extraire le bien loué de l'étang, l'apurement du passif par la réalisation du bien ne constituant pas une cause d'utilité publique.

La chambre commerciale casse cette décision avec une motivation qui reprend en la synthétisant une jurisprudence constante qui fixe les effets de la revendication dans la procédure collective : la chambre commerciale rappelle que l'absence de revendication dans le délai légal n'emporte pas transfert du bien dans le patrimoine du débiteur. En effet, en cas de revente, le propriétaire pourra revendiquer le bien entre les mains d'un propriétaire de mauvaise foi (Com., 6 janvier 1998, pourvoi nº 95-13.353, *Bull.* 1998, IV, nº 5). Il pourra également invoquer son droit entre les mains du débiteur après la clôture de la procédure (Com., 26 novembre 2002, pourvoi nº 01-03.980, *Bull.* 2002, IV, nº 176 ; Com., 15 décembre 2015, pourvoi nº 13-25.566, *Bull.* 2015, IV, nº 171). Il conserve aussi le droit de demander la résolution du contrat (Com., 6 janvier 1998, pourvoi nº 95-13.353, *Bull.* 1998, IV, nº 5).

L'absence de revendication emporte seulement affectation du bien au gage commun des créanciers, permettant ainsi, en tant que de besoin, sa réalisation (Com., 3 décembre 2003, pourvoi nº 01-14.761) au profit de leur collectivité ou son utilisation en vue du redressement de l'entreprise, afin d'assurer la poursuite de l'activité, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.

Suivant sa jurisprudence, la chambre commerciale en déduit que l'atteinte légale ainsi portée aux conditions d'exercice du droit de propriété de celui qui s'est abstenu de revendiquer son bien se justifie par un motif d'intérêt général, dès lors que l'encadrement de la revendication a pour but de déterminer rapidement et avec certitude les actifs susceptibles d'être appréhendés par la procédure collective afin qu'il soit statué dans un délai raisonnable sur l'issue de celle-ci dans l'intérêt de tous : « que ne constitue pas, en conséquence, une charge excessive pour le propriétaire l'obligation de se plier à la discipline collective générale inhérente à toute procédure de sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaires, en faisant connaître sa position quant au sort de son bien, dans les conditions prévues par la loi et en jouissant des garanties procédurales qu'elle lui assure quant à la

possibilité d'agir en revendication dans un délai de forclusion de courte durée qui ne court pas contre celui qui se trouve dans l'impossibilité d'agir » (Com., 3 avril 2019, pourvoi n° 18-11.247, publié).

À plusieurs reprises la chambre commerciale avait déjà affirmé que cette procédure n'était pas contraire à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Com., 8 mars 1994, pourvoi n° 92-14.394, *Bull.* 1994, IV, n° 101 ; Com., 5 décembre 1995, pourvoi n° 94-10.385, *Bull.* 1995, IV, n° 278 ; Com., 1er avril 2014, pourvoi n° 13-13.574, *Bull.* 2014, IV, n° 66 ; Com., 24 mars 2004, pourvoi n° 02-18.048, *Bull.* 2004, IV, n° 61).

Section 9. Puissance de la propriété et contrôle de proportionnalité relatif aux mesures réelles en droit de l'urbanisme et de l'environnement

Si le droit au logement, au domicile et à la vie familiale permet, dans certaines conditions fixées restrictivement par la chambre criminelle de la Cour de cassation, d'empêcher que le juge du fond recoure aux mesures réelles du droit de l'urbanisme et du droit de l'environnement (voir Étude, *supra*), le droit de propriété en tant que tel a, longtemps, été écarté des éléments à considérer pour déterminer la proportionnalité de ces mesures réelles.

Certes, les mesures, répressives ou réelles, mises légalement à disposition de l'administration et du juge répressif, notamment les démolitions, réaffectation des sols, remises en état et suppression d'ouvrages (article L. 480-5 du code de l'urbanisme ; articles L. 171-7 et L. 173-5, 2°, du code de l'environnement) constituent des atteintes graves, directes, parfois des anéantissements complets, du droit fondamental qu'est la propriété privée. Mais en rester à ce niveau d'analyse revient à interdire toutes sortes de condamnations en la matière. En contemplation du premier protocole additionnel de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, notamment son article 1er, le fait d'ordonner la démolition de constructions réalisées sans permis ne constitue pas une méconnaissance de ces dispositions, alors même que les constructions seraient régularisables (Crim., 23 octobre 2001, pourvoi n° 00-87.859 ; Crim., 15 mai 2001, pourvoi n° 00-84.435 ; Crim., 30 juin 2009, pourvoi n° 08-88.022, *Bull.* crim. 2009, n° 141).

Il ne semble pas avoir été nécessaire de réitérer cette position, consacrée plus récemment par la Cour européenne des droits de l'homme, notamment aux arrêts de grande chambre *Depalle c. France* et *Brosset-Triboulet et autres c. France* (CEDH, arrêt du 29 mars 2010, Depalle c. France, n° 34044/02 ; CEDH, arrêt du 29 mars 2010, Brosset-Triboulet et autres c. France, n° 34078/02) dans lesquels, notamment aux paragraphes 77 et suivants du premier et 80 et suivants du second, la Cour européenne des droits de l'homme fait le point de sa jurisprudence sur l'article 1er du protocole n° 1 garantissant le droit de propriété et la proportionnalité de l'atteinte à ce droit que peut comporter une mesure de remise en état des lieux impliquant la destruction de constructions irrégulièrement édifiées, en l'occurrence sur le domaine public maritime.

La transposition de ce qui précède du droit de l'urbanisme au droit de l'environnement ne soulève pas de difficultés.

Chapitre 2. Puissance de la propriété et renouvellement des limites d'intérêt général

L'idée d'une propriété limitée par des impératifs d'intérêt général circulait en droit coutumier. Elle n'a pas disparu à la Révolution. Anne-Marie Patault rappelle, notamment, qu'un décret du 26 décembre 1790 la recueillait en énonçant qu'« *il est de la nature du pacte social que le droit sacré de propriété particulière, protégé par les lois, soit subordonné* à *l'intérêt général* ». Par ailleurs, de multiples discussions ont eu lieu, lors des travaux préparatoires du code civil, sur un éventuel « *abus de propriété* », constitué par un non-usage, un usage abusif ou un usage inadéquat des biens. Le Conseil d'État l'a refusé, par un avis du 7 décembre 1805, *Denevers*. La Cour de cassation a fait de même, non sans hésitation, par une décision du 25 mai 1810 [143]. En outre, au vu des liens historiques entre la consécration de la propriété et la proclamation de la liberté individuelle, cette limite, ou celle plus affirmée d'une fonction de la propriété, n'ont pas été élevées à un niveau constitutionnel, à la différence de textes fondamentaux plus récents : la Loi fondamentale allemande énonce, en son article 14 (2), que la « *Propriété oblige. Son usage doit contribuer en même temps au bien de la collectivité* », tandis que l'article 42 (*in fine*) de la Constitution de la République italienne du 27 décembre 1947 dispose que « [l]*a propriété privée est reconnue et garantie par la loi qui en détermine les modes d'acquisition, de jouissance ainsi que les limites afin d'en assurer la fonction sociale et de la rendre accessible* à *tous* ».

Pour autant, la possibilité d'un encadrement de l'exercice de la propriété est restée ancrée au sein de l'article 544 du code civil, reconnaissant que l'usage peut être « *prohibé* » par les lois et règlements. Dès lors, dans la mesure d'une oscillation entre une approche libérale et absolue de la propriété et une autre plus sociale, un point de bascule a été identifié lors de la première « crise » de la propriété : sous la poussée des diverses atteintes nécessitées par la vie sociale, ainsi que de la reconnaissance de l'abus de droit ou de la limite des troubles anormaux de voisinage par la jurisprudence, l'exercice du droit de propriété s'est « socialisé ». Depuis, les intérêts généraux placés en regard de la propriété n'ont cessé de se renouveler. Aujourd'hui, et pour ne s'attacher qu'aux seuls terrains récents de reformulation, c'est le poids des exigences de la protection de l'environnement qui vient reposer les questions des limites à apporter au caractère absolu de la propriété, non sans recevoir des réponses très nuancées, en matière d'empiétement (section 1) ou de minimisation des servitudes (section 2). En matière d'installations classées pour la protection de l'environnement par ailleurs, le juge judiciaire s'attache à défendre son domaine de compétence (section 3), quand le juge pénal, plus spécifiquement, comprend extensivement la notion d'« exploitant » (section 4).

Section 1. Protection de l'environnement et défense contre l'empiétement

La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, d'un côté, élève la propriété au rang des droits naturels et imprescriptibles et la dit droit inviolable et sacré, et la Charte de l'environnement, d'un autre côté, proclame que le peuple français considère

[143]. A.-M. Patault, *Introduction…*, *op. cit.*, nº 190 et s., p. 223-225.

« que la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation » ; de la Constitution, on comprend que les nécessités de la protection de l'environnement puissent venir limiter la puissance du droit de propriété. Et même, au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme juge que « certains droits fondamentaux, comme le droit de propriété, ne devraient pas se voir accorder la primauté face à des considérations relatives à la protection de l'environnement, en particulier lorsque l'État a légiféré en la matière » (CEDH, arrêt du 27 novembre 2007, Hamer c. Belgique, n° 21861/03).

Au vrai, si l'article 544 du code civil dispose que « la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue », le droit de propriété n'est, en soi, ni protecteur de l'environnement ni étranger à la préservation de celui-ci « tout dépend de l'usage que l'on en fait et donc de celui que l'on peut en faire » (François Collart-Dutilleul, Raphaël Romi, « Propriété privée et protection de l'environnement », *AJDA* 1994, p. 571). À ce titre, l'article 544 tempère lui-même la puissance qu'il donne au droit de propriété en précisant : « pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ». Des restrictions à l'exercice du droit de propriété sont donc admises, dans la mesure où elles sont justifiées par l'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi ; or nul doute que la protection de l'environnement est d'intérêt général, et il a été estimé que « les normes environnementales viennent désormais s'incruster dans la propriété » (Benoît Grimonprez, « La fonction environnementale de la propriété », *RTD civ.* 2015, p. 539).

Que soient possibles des restrictions légales, cela n'empêcherait toutefois que, dans une optique classique, « par principe, parce que son droit est absolu, aucun usage de la chose ne saurait être interdit d'emblée au propriétaire » (W. Dross, « Une approche structurale de la propriété », *RTD Cciv.* 2012, p. 419).

Le droit de propriété ne pourrait alors prendre en compte la protection de l'environnement qu'en intégrant une réglementation qui lui est extérieure, bien qu'il puisse être observé que la jurisprudence a créé, à partir du droit de propriété notamment, le principe selon lequel nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage, dont le rôle en matière de protection de l'environnement est reconnu.

Plus pratiquement, la propriété morcelle. Or « un territoire n'est qu'une portion d'espace. Bornages et clôtures, résultant de choix contractuels et de hasards successoraux, ne correspondent qu'exceptionnellement aux frontières naturelles » (M. Rémond-Gouilloud, *Du droit de détruire*, PUF, p. 124).

Les arbres dont les branches s'étendent et qui ne connaissent pas les limites du fonds où ils s'enracinent illustrent le propos : l'article 673 du code civil confère alors à celui sur la propriété duquel avancent les branches des arbres, arbustes et arbrisseaux du voisin le droit de contraindre celui-ci à les couper. Si ce sont les racines, ronces ou brindilles qui avancent sur son héritage, il a le droit de les couper lui-même à la limite de la ligne séparative. Et le droit de couper les racines, ronces et brindilles ou de faire couper les branches des arbres, arbustes ou arbrisseaux est imprescriptible.

Cet article du code civil sanctionne un « empiétement végétal ». Et la sanction de l'empiétement manifeste la puissance du droit de propriété, absolu donc exclusif : « tout propriétaire est en droit d'obtenir la démolition d'un ouvrage empiétant sur son fonds, sans

que son action puisse donner lieu à faute ou à abus » (3e Civ., 21 décembre 2017, pourvoi nº 16-25.406, *Bull.* 2017, III, nº 144).

Ces observations laissent percevoir les limites, hors les réglementations extrinsèques, de la propriété perçue comme « gardienne de la nature » (J. de Malafosse, « La propriété gardienne de la nature », *in* Études *offertes* à *Jacques Flour*, Defrénois, 1979, p. 335, rééd. *LGDJ*, 2013).

L'arbre serait-il un chêne bicentenaire répertorié comme arbre remarquable au plan vert de la commune, ne présenterait-il aucun danger, et sa taille mettrait-elle en danger son devenir, causant ainsi un dommage irréversible à l'écosystème, ces motifs « ne suffisent pas à justifier une restriction au droit imprescriptible du propriétaire sur le fonds duquel s'étendent les branches de l'arbre du voisin de contraindre celui-ci à les couper » (3e Civ., 31 mai 2012, pourvoi nº 11-17.313).

Cet arrêt est conforme à la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation qui avait notamment cassé un arrêt ayant retenu « que l'article 673 du code civil ne peut obliger le propriétaire à détruire, par mutilation irrémédiable des branches maîtresses et du houppier indispensables à la nourriture du végétal, un arbre qui a acquis par l'article 672 du même code le droit d'être maintenu en place et en vie ». Cette motivation, qui « institu [ait] ainsi une restriction au droit imprescriptible du propriétaire, sur le fond duquel s'étendent les branches des arbres du voisin, de contraindre ce dernier à couper ces branches » a été censurée (3e Civ., 16 janvier 1991, pourvoi nº 89-13.698, *Bull.* 1991, III, nº 25).

Avait de même été censuré un arrêt qui, « après avoir constaté que la propriété était située au sein d'un lotissement créé dans un objectif de valorisation du site boisé classé autour du cèdre de grande hauteur, plus que centenaire, dont les branches surplombaient déjà la propriété voisine à l'origine, [avait retenu] que l'élagage ne serait pas de nature à faire cesser les inconvénients liés à la chute des aiguilles de l'arbre et laisserait inchangé le débord de la frondaison situé à cinq mètres de hauteur, ne pouvant être résolu que par l'abattage de l'arbre, que les [demandeurs] ne pouvaient ignorer, lorsqu'ils ont acquis leur fonds, que l'environnement arboré de leur propriété et du lotissement les obligerait à nettoyer régulièrement leurs terrain et piscine construite par le précédent propriétaire à proximité de l'arbre, qu'ils avaient pu constater la faible croissance dudit arbre, qu'ils n'entendaient pas porter atteinte à sa survie et qu'ils ne [pouvaient], sans faire dégénérer en abus leur action en justice, demander la réduction de la ramure en limite de propriété » (3e Civ., 30 juin 2010, pourvoi nº 09-16.257, *Bull.* 2010, III, nº 137).

Et saisie d'une question prioritaire interrogeant la constitutionnalité de l'article 673 du code civil, la Cour de cassation a dit n'y avoir lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel (3e Civ., 3 mars 2015, QPC nº 14-40.051, *Bull.* 2015, III, nº 27).

Au regard des articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme, l'arbre étant considéré comme objet de propriété, la question a été considérée comme ne présentant pas un caractère sérieux « dès lors que les dispositions législatives en cause, qui n'ont ni pour objet ni pour effet de priver le propriétaire des arbres de son droit de propriété, mais seulement d'en restreindre l'exercice, tendent à assurer des relations de bon voisinage par l'édiction de règles relatives aux végétaux débordant les limites de propriété, proportionnées à cet objectif d'intérêt général ».

Au regard des articles 1er à 4 de la Charte de l'environnement, l'arbre étant considéré en lui-même, il a été répondu que le texte contesté « a un caractère supplétif, n'autorise l'élagage des branches que sous réserve que ces plantations ne fassent pas l'objet de stipulations contractuelles ou d'une protection en application de règles particulières et qu'eu égard à l'objet et à la portée de la disposition contestée, l'élagage des branches qu'elle prévoit ne peut avoir de conséquences sur l'environnement ».

Cette dernière réponse renvoie, d'une part, à la jurisprudence selon laquelle « l'article 637 du code civil n'est pas d'ordre public et qu'il peut y être dérogé » (3e Civ., 13 juin 2012, pourvoi no 11-18.791, *Bull.* 2012, II, no 96), d'autre part, à l'article 544 du code civil.

C'est dire que la puissance du droit de propriété peut être limitée par contrat ou par une réglementation spécifique protectrice de la nature, au nom de l'intérêt général, mais qu'elle ne peut l'être hors les dispositions du code civil que si une telle limitation contraignante existe, ce que ne constitue pas le plan vert d'une commune (3e Civ., 31 mai 2012, précité).

L'article L. 175-5 du code forestier dispose à ce titre très clairement que « les propriétaires riverains des bois et forêts ne peuvent se prévaloir de l'article 673 du code civil pour l'élagage des limites des bois et forêts et des biens agroforestiers en ce qui concerne les essences de qualité dont la liste est arrêtée par l'autorité administrative compétente de l'État ».

Mais ce texte s'applique uniquement à Mayotte, et en métropole, et en milieu urbain notamment, est régulièrement invoqué l'article L. 130-1 devenu L. 113-1 du code de l'urbanisme, qui prévoit un classement protecteur des espaces boisés, pouvant s'appliquer « à des arbres isolés, des haies ou réseaux de haies ou des plantations d'alignement », ce classement soumettant à une déclaration préalable de travaux « les coupes et abattages d'arbres » (article R. 421-23 du code de l'urbanisme).

La Cour de cassation a précisé, pour rejeter un pourvoi contre un arrêt ayant condamné un propriétaire à procéder à l'élagage de deux arbres, que la cour d'appel avait relevé « que les cèdres en cause ne faisaient pas partie d'un espace boisé classé soumis aux dispositions de l'article L. 130-1 du code de l'urbanisme » (3e Civ., 2 octobre 2013, pourvoi no 11-28.704).

Puis, dans une situation où la parcelle boisée était située dans une zone soumise par le code de l'urbanisme à une déclaration préalable des coupes et abattages d'arbres, elle a rejeté un pourvoi contre un arrêt ayant « retenu exactement qu'une demande d'élagage n'emportait pas obligation de les détruire et souverainement qu'il n'était pas établi que l'élagage soit nuisible à la conservation des arbres objet du litige » (3e Civ., 27 avril 2017, pourvoi no 16-13.953, *Bull.* 2017, III, no 57).

Élaguer un arbre ce n'est donc pas le couper ou l'abattre. Mais il appartient toutefois au juge du fond d'apprécier, le cas échéant, si l'élagage est de nature à compromettre sa conservation. Ainsi, sans le détour par les articles L. 113-1 et R. 421-23 du code de l'urbanisme, la cessation de l'empiétement végétal ne pourrait avoir pour effet, selon l'article 637 du code civil, la suppression de l'arbre lui-même.

Pourrait alors, en cette matière, être tempérée l'affirmation selon laquelle « la quête du bien-être sur la parcelle fait obstacle à la protection du tout » (M. Rèmond-Gouilloux, *Du droit de détruire*, précité, p. 124).

Section 2. Protection de l'environnement et minimisation de servitudes

Selon l'article L. 101-1 du code de l'urbanisme, le territoire français est le patrimoine commun de la nation, les collectivités publiques en sont les gestionnaires et les garantes dans le cadre de leurs compétences, en vue de la réalisation des objectifs définis à l'article L. 101-2 du même code, dont la protection des milieux naturels et des paysages, la préservation de la qualité de l'air, de l'eau, du sol et du sous-sol, des ressources naturelles, de la biodiversité, des écosystèmes, des espaces verts ainsi que la création, la préservation et la remise en bon état des continuités écologiques.

Ces dispositions manifestent, s'il en était besoin, que l'étendue des droits du propriétaire sur sa parcelle peut être affectée dès lors que celle-ci présente un intérêt environnemental reconnu par les lois ou les règlements.

Ainsi, le classement en espace boisé précédemment évoqué n'est pas sans impact sur les propriétés.

Le Conseil d'État, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, a ainsi considéré que l'article L. 130-1 du code de l'urbanisme apporte effectivement des restrictions à l'exercice du droit de propriété, tout en jugeant qu'elles étaient justifiées par l'intérêt général qui s'attache à la préservation des espaces boisés et étaient proportionnées à l'objectif poursuivi (CE, 17 février 2011, n° 344445, publié au *Recueil Lebon*).

Que le juge judiciaire puisse avoir à tenir compte de ces restrictions, on en trouvera l'illustration en matière de servitudes de passage.

En effet, la création d'une voie sur une parcelle, qu'elle ait une origine conventionnelle ou même légale, dans les dispositions de l'article 682 du code civil, constitue une utilisation du sol, que vient régir la réglementation de l'urbanisme, selon l'article L. 101-3 du code de l'urbanisme.

Il a ainsi été jugé qu'alors que le propriétaire du fonds servant faisait valoir dans ses conclusions que le classement de la partie boisée de sa parcelle rendait impossible l'utilisation d'une telle zone à des fins de desserte, du fait de l'atteinte portée à la protection des boisements, une cour d'appel ne donnait pas de base légale à sa décision en retenant un tracé de désenclavement se situant dans l'espace boisé classé, sans rechercher si le tracé adopté était légalement autorisé au regard des exigences du plan d'occupation des sols (3e Civ., 15 décembre 1999, pourvoi n° 97-15.575).

Dans le même sens, pour fixer l'assiette d'une servitude de désenclavement d'une parcelle située en zone de protection du patrimoine architectural, urbain et paysager, les juges doivent, comme il leur était demandé, s'assurer que le tracé retenu est compatible avec les contraintes d'urbanisme et environnementales applicables à cette parcelle (3e Civ., 5 septembre 2012, pourvoi n° 11-22.276, *Bull.* 2012, III, n° 115).

En outre, rappelant que « le classement en espace boisé interdit tout changement d'affectation ou tout mode d'occupation du sol de nature à compromettre la conservation, la protection ou la création de boisements », la Cour de cassation a été amenée à préciser que cette interdiction s'applique à la mise en œuvre, postérieurement au classement, d'une voie d'accès prévue par une convention antérieure à celui-ci (3e Civ., 15 mars 2018, pourvoi nº 17-14.366, publié au *Bulletin*).

Enfin, le fait que « la réalisation d'une voie de circulation, même si elle ne suppose aucune coupe ou abattage d'arbres, constitue un changement d'affectation du sol de nature à compromettre la conservation, la protection ou la création de boisements dans un espace classé » justifie que les juges aient à prendre en compte le classement pour apprécier l'état d'enclave d'une parcelle (3e Civ., 11 janvier 2018, pourvoi nº 17-14.173).

Le classement en espace boisé peut ainsi, dès lors qu'il est invoqué, avoir pour effet d'enclaver une parcelle, ou venir interférer dans l'application de l'article 683 du code civil qui énonce les critères de fixation par le juge de l'assiette du passage de désenclavement, ce qui est susceptible de restreindre le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond en la matière.

Section 3. Protection de l'environnement et domaine du pouvoir du juge judiciaire à l'égard des installations classées pour la protection de l'environnement

Dans les articulations de la compétence du juge judiciaire et du pouvoir de l'administration, seule la voie de fait relève traditionnellement de la compétence du premier (§ I). Mais celle-ci s'exerce également, dans un domaine propre, à l'égard des installations classées pour la protection de l'environnement (§ II).

§ I. Rappel du domaine de la voie de fait

Traditionnellement, la juridiction judiciaire est juge de la voie de fait commise par une administration. Cette dernière perd ainsi son privilège de juridiction, pour comparaître devant la justice « ordinaire » en sanction d'errements ayant porté une « atteinte grave à la propriété privée ou à une liberté fondamentale » (Tribunal des conflits, 2 décembre 1902, nº 00543, publié au *Recueil Lebon*), dont l'autorité judiciaire est la gardienne en application de l'article 66 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel avait néanmoins annoncé, dans l'une de ses décisions, la montée en puissance du juge administratif en matière de propriété, en énonçant que, « quelle que soit l'importance du rôle des tribunaux judiciaires en matière de protection de la propriété, il résulte des termes de l'article 66 de la Constitution que celui-ci concerne la liberté individuelle et non le droit de propriété » (Cons. const., 17 juillet 1985, décision nº 85-189 DC, Loi relative à la définition et à la mise en œuvre de principes d'aménagement).

La voie de fait résulte de l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision administrative même régulière ou d'une décision manifestement insusceptible de se rattacher aux pouvoirs de l'administration (Tribunal des conflits, 27 mars 1952, nº 01339, publié au *Recueil Lebon*).

Cette double définition est toujours en vigueur, mais avec un infléchissement qui s'est opéré en deux temps.

À l'accomplissement d'un acte manifestement insusceptible de se rattacher aux pouvoirs de l'administration, il s'agissait de la réalisation d'un ouvrage public sur une propriété privée, la jurisprudence a, d'abord, ajouté l'absence de régularisation et de réparation (Tribunal des conflits, 6 mai 2002, n° 02-03.287, *Bull*. 2002, T. conflits, n° 10). La juridiction judiciaire a donc été amenée à rejeter une demande en réalisation de travaux de remise en état dirigée, sur le fondement de la voie de fait, contre un syndicat intercommunal ayant installé irrégulièrement des canalisations sur une propriété privée, dès lors qu'une régularisation était intervenue avec l'accord du propriétaire indemnisé (3e Civ., 13 octobre 2009, pourvoi n° 08-17.346).

La voie de fait a, ensuite, été réduite au cas où la décision administrative entraîne, non une simple atteinte au droit de propriété, mais son extinction définitive. La voie de fait est désormais définie comme une « atteinte à la liberté individuelle ou aboutissant à l'extinction du droit de propriété », de sorte que la juridiction administrative est seule compétente pour ordonner l'enlèvement d'un ouvrage public implanté sur une propriété privée (Tribunal des conflits, 17 juin 2013, n° C3911, publié au *Recueil Lebon* ; Tribunal des conflits, 9 mars 2015, n° C3984, publié au *Recueil Lebon*). En conséquence, la Cour de cassation écarte désormais l'existence d'une voie de fait en cas de simple implantation sans titre d'un ouvrage public sur une propriété privée (1re Civ., 11 septembre 2013, pourvoi n° 12-10.048 ; 1re Civ., 15 octobre 2014, pourvoi n° 13-27.484, *Bull*. 2014, I, n° 168 ; 1re Civ., 18 février 2015, pourvoi n° 14-13.359 ; 3e Civ., 11 mars 2015, pourvoi n° 13-24.133, *Bull*. 2015, III, n° 32), fût-ce par un moyen relevé d'office (3e Civ., 11 octobre 2018, pourvoi n° 17-17.806).

Cette restriction du champ de la voie de fait a pour corollaire le transfert à la juridiction administrative de l'entier contentieux de l'emprise irrégulière. En cas d'atteinte à la propriété immobilière de la part de l'administration (CE, 24 février 1971, n° 78694, publié au *Recueil Lebon*), consistant en une dépossession irrégulière du bien immobilier d'un propriétaire privé de la jouissance de son bien (TC, 21 déc. 1923, Sté française des Nouvelles-Hébrides, publié au *Recueil Lebon*, p. 871) par une mainmise directe de la puissance publique (CE, 10 mai 1974, n° 86118, publié au *Recueil Lebon*), le juge administratif est « naturellement » compétent pour statuer sur le recours en annulation d'une décision d'emprise irrégulière. Mais, le juge judiciaire était traditionnellement compétent pour statuer sur l'indemnisation du préjudice occasionné par une emprise irrégulière (TC, 2 juillet 1962, Pons c/syndicat de la Durance ; Tribunal des conflits, 23 février 1981, n° 02170, publié au *Recueil Lebon* ; Tribunal des conflits, 4 février 1991, n° 02655, publié au *Recueil Lebon* ; Tribunal des conflits, 6 mai 2002, n° 02-03.287 précité). Désormais, la limitation du champ de la voie de fait s'accompagne logiquement d (une concentration du contentieux de l'emprise au profit de la juridiction administrative, appelée à statuer sur l'indemnisation et les mesures de remise en état, comme prolongement du contentieux de la légalité, sauf, une fois encore, lorsqu'il y a extinction du droit de propriété (Tribunal des conflits, 9 décembre 2013, n° 13-03.931, *Bull*. 2013, T. conflits, n° 21).

Comme l'énonce la Cour de cassation tant pour la voie de fait que pour l'emprise : « dans le cas d'une décision administrative portant atteinte à la propriété privée, le juge administratif, compétent pour statuer sur le recours en annulation d'une telle décision et, le cas échéant, pour adresser des injonctions à l'administration, l'est également pour con-

naître de conclusions tendant à la réparation des conséquences dommageables de cette décision administrative, hormis le cas où elle aurait pour effet l'extinction de droit de propriété. Dès lors, viole la loi des 16-24 août 1790 la cour d'appel qui, pour rejeter l'exception d'incompétence, retient qu'il résulte de l'article 545 du code civil que les juridictions de l'ordre judiciaire sont seules compétentes pour statuer sur la réparation des préjudices découlant d'une atteinte à la propriété immobilière, qu'elle constitue une voie de fait ou seulement une emprise irrégulière » (3e Civ., 15 décembre 2016, pourvoi nº 15-20.953, *Bull.* 2016, III, nº 171).

Mais que faut-il entendre par extinction du droit de propriété ? Il n'y a aucune ambiguïté à ce sujet. Il n'y a extinction du droit de propriété qu'en cas de dépossession définitive.

Le Conseil constitutionnel énonça, dès 1985, qu'« aucun principe de valeur constitutionnelle n'impose que, en l'absence de dépossession, l'indemnisation des préjudices causés par les travaux ou l'ouvrage public […] relève de la compétence du juge judiciaire » (Cons. const., 13 décembre 1985, décision nº 85-198 DC, Loi modifiant la loi nº 82-652 du 29 juillet 1982 et portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle).

L'idée est expressément reprise par le Tribunal des conflits dans l'arrêt, précité, du 17 juin 2013. Raisonnant par analogie avec l'expropriation, la haute juridiction s'est prononcée en faveur de la compétence de la juridiction administrative, après avoir retenu que si l'occupation litigieuse de la parcelle avait porté atteinte au libre exercice de la propriété privée, elle n'avait pas eu pour effet de déposséder définitivement les propriétaires. Dans le commentaire de sa décision, le Tribunal des conflits se démarque clairement de l'ancienne définition de la voie de fait, en insistant sur le fait que « l'atteinte au droit de propriété par une dépossession temporaire ou par une altération ponctuelle de ses attributs ne peut donc plus faire échec au principe de séparation des autorités administrative et judiciaire ». Cette notion d'extinction du droit de propriété qui ne peut être retenue qu'en cas de dépossession définitive a été consacrée par la Cour de cassation dans un arrêt de la troisième chambre civile du 18 janvier 2018 (3e Civ., 18 janvier 2018, pourvoi nº 16-21.993, publié au *Bulletin*).

Certains auteurs n'ont pas hésité, dans leurs commentaires, à parler d'une « voie de fait mise au régime sec » (X. Domino et A. Bretonneau *AJDA* 2013, p. 1568) ou encore à qualifier la compétence du juge judiciaire en la matière de « peau de chagrin » (M. Martin, *JCP* G 2014, doc. 1355). Certes… mais la nouvelle règle de répartition des compétences a le mérite de la clarté et de la simplicité, puisqu'elle repose désormais sur un critère objectif, la dépossession qui doit être totale et définitive pour commander la compétence de l'ordre judiciaire, et non plus subjectif selon le niveau de gravité d'une atteinte qui, naguère, pouvait être ponctuelle et limitée dans ses effets.

§ II. Pouvoirs du juge judiciaire et régime des installations classées pour la protection de l'environnement

Les installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE) ont été instituées par la loi nº 76-663 du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement, qui a abrogé la loi du 19 décembre 1917 relative aux

établissements dangereux, insalubres ou incommodes et est aujourd'hui codifiée aux articles L. 511-1 et suivants du code de l'environnement.

Applicables aux « usines, ateliers, dépôts, chantiers et, d'une manière générale, [aux] installations exploitées ou détenues par toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui peuvent présenter des dangers ou des inconvénients soit pour la commodité du voisinage, soit pour la santé, la sécurité, la salubrité publiques, soit pour l'agriculture, soit pour la protection de la nature, de l'environnement et des paysages, soit pour l'utilisation rationnelle de l'énergie, soit pour la conservation des sites et des monuments ainsi que des éléments du patrimoine archéologique » (article L. 511-1 du code de l'environnement), ces dispositions prévoient que de telles installations sont, selon les risques qu'elles présentent, soumises à un régime d'autorisation, d'enregistrement ou de déclaration.

C'est ainsi que les installations « qui présentent de graves dangers ou inconvénients pour les intérêts » ci-dessus mentionnés nécessitent l'obtention d'une autorisation délivrée par l'administration (article L. 512-1 du code de l'environnement). Celle-ci va autoriser l'implantation et fixer les conditions d'exploitation de l'installation concernée, par ailleurs soumise à des règles générales et prescriptions techniques arrêtées par le ministre en charge des installations classées.

L'ensemble de ces mesures ressortissant à la police spéciale des installations classées, le contentieux se rapportant aux autorisations ou aux conditions de fonctionnement prescrites par l'autorité administrative relève de la compétence de la juridiction administrative.

La compétence du juge judiciaire n'est, cependant, pas exclue du seul fait qu'une activité est soumise à la législation sur les installations classées pour la protection de l'environnement.

En effet, le Tribunal des conflits a reconnu la compétence de la juridiction judiciaire pour « se prononcer tant sur les dommages-intérêts à allouer aux tiers lésés par le voisinage d'une installation classée pour la protection de l'environnement que sur les mesures propres à faire cesser le préjudice que cette installation pourrait causer dans l'avenir, à condition que ces mesures ne contrarient pas les prescriptions édictées par l'administration dans l'intérêt de la société et de la salubrité publique » (Tribunal des conflits, 23 mai 1927, n° 755, publié au *Recueil Lebon* ; Tribunal des conflits, 13 octobre 2014, n° 3964, publié au *Recueil Lebon*).

La Cour de cassation s'est, à plusieurs reprises, prononcée dans le même sens (voir, notamment, 1re Civ., 15 mai 2001, pourvoi n° 99-20.339, *Bull.* 2001, I, n° 135 ; 1re Civ., 13 juillet 2004, pourvoi n° 02-15.176, *Bull*. 2004, I, n° 209 ; 2e Civ., 26 juin 2014, pourvoi n° 13-14.037) et a, en outre, admis la compétence de la juridiction judiciaire pour statuer sur l'action en responsabilité exercée par le propriétaire privé d'un terrain, sur lequel une installation classée pour la protection de l'environnement était implantée, contre l'exploitant de droit privé de cette installation, et tendant à obtenir l'exécution, en nature ou par équivalent, de l'obligation légale de remise en état du site pesant sur ce dernier (1re Civ., 18 février 2015, pourvoi n° 13-28.488, *Bull.* 2015, I, n° 47).

En revanche, elle a exclu la compétence de la juridiction judiciaire pour prononcer la fermeture d'une installation classée (1re Civ., 26 février 1963, *Bull.* 1963, I, n° 126 ; 1re Civ., 18 avril 1989, pourvoi n° 85-14.757, *Bull.* 1989, I, n° 158 ; 1re Civ., 23 janvier 1996, pourvoi n° 95-11.055, *Bull.* 1996, I, n° 43). De la même manière, elle a jugé que la

demande d'enlèvement d'une éolienne ayant une hauteur supérieure à cinquante mètres, soumise au régime des installations classées pour la protection de l'environnement en application de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, impliquait une immixtion du juge judiciaire dans l'exercice de la police administrative spéciale des installations classées et relevait, par suite, de la compétence de la juridiction administrative (1re Civ., 25 janvier 2017, pourvoi n° 15-25.526, *Bull.* 2017, I, n° 28).

On observera qu'une ligne de partage analogue a été consacrée à propos d'une autre police spéciale, celle des communications électroniques, le Tribunal des conflits ayant jugé, en matière d'antennes-relais de téléphonie mobile, que « l'action portée devant le juge judiciaire, quel qu'en soit le fondement, aux fins d'obtenir l'interruption de l'émission, l'interdiction de l'implantation, l'enlèvement ou le déplacement d'une station radioélectrique régulièrement autorisée et implantée sur une propriété privée ou sur le domaine public, au motif que son fonctionnement serait susceptible de compromettre la santé des personnes vivant dans le voisinage ou de provoquer des brouillages implique, en raison de son objet même, une immixtion dans l'exercice de la police spéciale dévolue aux autorités publiques compétentes en la matière », de sorte que, « nonobstant le fait que les titulaires d'autorisations soient des personnes morales de droit privé et ne soient pas chargés d'une mission de service public, le principe de la séparation des pouvoirs s'oppose à ce que le juge judiciaire, auquel il serait ainsi demandé de contrôler les conditions d'utilisation des fréquences radioélectriques au regard des nécessités d'éviter les brouillages préjudiciables et de protéger la santé publique et, partant, de substituer, à cet égard, sa propre appréciation à celle que l'autorité administrative a portée sur les mêmes risques ainsi que, le cas échéant, de priver d'effet les autorisations que celle-ci a délivrées, soit compétent pour connaître d'une telle action » (Tribunal des conflits, 14 mai 2012, n° 3844, publié au *Recueil Lebon* ; Tribunal des conflits, 13 avril 2015, n° 3996, publié au *Recueil Lebon*). Le juge judiciaire reste, toutefois, compétent « pour connaître des litiges opposant un opérateur de communications électroniques à des usagers ou à des tiers, d'une part, aux fins d'indemnisation des dommages causés par l'implantation ou le fonctionnement d'une station radioélectrique qui n'a pas le caractère d'un ouvrage public, d'autre part, aux fins de faire cesser les troubles anormaux de voisinage liés à une implantation irrégulière ou un fonctionnement non conforme aux prescriptions administratives ou à la preuve de nuisances et inconvénients anormaux autres que ceux afférents à la protection de la santé publique et aux brouillages préjudiciables » (*ibid.*). La Cour de cassation a déjà eu l'occasion de mettre en œuvre ces principes, écartant la compétence du juge judiciaire pour connaître d'une demande de démantèlement d'une antenne-relais, sollicitée en raison des risques sanitaires prétendument encourus (1re Civ., 17 octobre 2012, pourvoi n° 11-19.259, *Bull.* 2012, I, n° 208 ; 3e Civ., 19 décembre 2012, pourvoi n° 11-23.566, *Bull.* 2012, III, n° 198 ; 1re Civ., 20 décembre 2012, pourvoi n° 11-26.817 ; 1re Civ., 20 décembre 2012, pourvoi n° 12-10.085), et la retenant, au contraire, pour se prononcer sur l'indemnisation du préjudice allégué (1re Civ., 17 octobre 2012, pourvoi n° 10-26.854, *Bull*. 2012, I, n° 207).

Reste que, comme l'a souligné madame le professeur M. Bacache (*JCP* 2012, éd. G, 820), « cette restriction aux pouvoirs du juge judiciaire n'est légitime que dans la mesure où elle a pour limite le périmètre exact de l'autorisation administrative », ce qui justifie que ce dernier demeure compétent pour ordonner des mesures qui ne mettent pas en cause la police administrative spéciale concernée.

La Cour de cassation a ainsi retenu la compétence de la juridiction judiciaire pour ordonner, en application de l'article L. 480-13 du code de l'urbanisme, la démolition d'une éolienne implantée en vertu d'un permis de construire qui avait ensuite été annulé par la juridiction administrative (1re Civ., 14 février 2018, pourvoi nº 17-14.703, publié au *Bulletin*).

Une telle solution est en parfaite cohérence avec la jurisprudence du Tribunal des conflits en matière d'antennes-relais de téléphonie mobile, évoquée ci-dessus, selon laquelle le juge judiciaire ne peut ordonner l'enlèvement ou le déplacement d'une station radioélectrique régulièrement autorisée et implantée, au motif que son fonctionnement serait susceptible de compromettre la santé des personnes vivant dans le voisinage ou de provoquer des brouillages, mais demeure compétent pour « faire cesser les troubles anormaux de voisinage liés à une implantation irrégulière » (Tribunal des conflits, 14 mai 2012, nº 3844, précité).

En définitive, en matière d'installations classées pour la protection de l'environnement, la compétence du juge judiciaire n'est exclue que dans le cas où la demande qui lui est soumise doit le conduire à substituer sa propre appréciation à celle que l'autorité administrative a portée, dans l'exercice de ses pouvoirs de police spéciale, à l'occasion de la délivrance de l'autorisation d'implantation et de la fixation des conditions d'exploitation de l'installation en cause. En revanche, dans tous les cas où cette appréciation n'est pas en cause, il peut exercer pleinement ses « attributions […] en matière de protection de la propriété immobilière », qui ont valeur constitutionnelle (Cons. const., 25 juillet 1989, décision nº 89-256 DC, Loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et d'agglomérations nouvelles, cons. 23).

Section 4. Protection de l'environnement et interprétation extensive de la notion d'« exploitant » en droit pénal

Le législateur ayant prévu lui-même des atteintes considérables au droit de propriété pour des motifs de protection de l'environnement (ainsi, quand il interdit la circulation de certains véhicules dans des espaces protégés, même privés, ou le dépôt des déchets en tout lieu, même privé, ou organise la protection de certaines espèces animales ou végétales, dont l'expansion ne s'arrête évidemment pas aux frontières du domaine public), la chambre criminelle de la Cour de cassation a pu largement contribuer à l'intégration de la protection de l'environnement dans un concept renouvelé des limites d'intérêt général à la propriété.

Elle l'a fait tout d'abord en interprétant le concept de « mesure réelle », distingué de la peine. Celui-ci a été forgé afin que la mesure ordonnée par le juge répressif suive le fonds qu'elle affecte, sans s'arrêter aux droits réels qui s'exercent sur lui, que ce soit à l'époque des faits, au jour de la condamnation, et enfin à l'époque de la mise à exécution de la mesure (généralement par l'administration ou sous son égide).

Le régime même de la mesure réelle en droit de l'environnement et dans la dimension environnementaliste du droit de l'urbanisme témoigne de ce qu'en cas d'atteintes au milieu naturel, l'équilibre entre les droits subjectifs, même de rang fondamental (sur le droit au logement, au domicile et à la vie privée et familiale, voir *supra* chapitre 1, section

2, § 3, sur le droit de propriété, voir *supra* chapitre 1, section 2), et les objectifs de protection de ce milieu s'apprécient de manière spécifique.

Mais, ensuite, la chambre criminelle de la Cour de cassation a pu transcender l'approche civiliste du droit de propriété et garantir le respect des ambitions du législateur, réaffirmées vigoureusement après l'irruption de la Charte de l'environnement dans le paysage juridique français, au-delà du propriétaire. C'est le sens qu'il faut donner à la jurisprudence pénale lorsqu'elle étend concrètement certaines obligations « de propriétaire » à d'autres catégories de personnes physiques ou morales poursuivies, sans contraindre le juge du fond à rechercher l'étendue juridique exacte de leurs droits civils : elle confère en conséquence à ces catégories des prérogatives qui vont jusqu'à l'*abusus*.

C'est naturellement par une action civile – indifférente au juge répressif – contre le prévenu que le propriétaire ou tout autre titulaire de droit réel sur le fonds affecté par la mesure réelle ordonnée par la voie répressive pourra réclamer réparation des inconvénients qu'entraînent l'exécution de cette mesure. Réciproquement, c'est par la voie civile, et exclusivement civile, que le prévenu condamné à exécuter une mesure réelle sur un fonds dont le propriétaire lui refuse l'accès pourra vaincre cette résistance.

Ainsi en est-il lorsque la chambre criminelle consacre une condamnation, par le juge du fond, du « bénéficiaire des travaux illicites » en droit de l'urbanisme, ou celle de « l'exploitant d'une installation polluante ou d'un ouvrage irrégulier » en droit de l'environnement.

En droit de l'urbanisme, un propriétaire n'est pas nécessairement bénéficiaire des travaux (Crim., 11 juin 2014, pourvoi n° 13-85.548 ; Crim., 19 octobre 2004, pourvoi n° 04-80.566), donc pénalement responsable, ce qui peut profiter aux bailleurs, aux donataires, aux nus-propriétaires, aux indivisaires non occupants… La jurisprudence invite les juges du fond, là encore, à rechercher la réalité du bénéfice des travaux. Le propriétaire indivis ne peut, en vertu de sa seule qualité, se voir imputer une responsabilité pénale (Crim., 1er avril 2014, pourvoi n° 13-82.731, *Bull. crim.* 2014, n° 100 ; Crim., 15 octobre 2013, pourvoi n° 12-85.408). Mais le propriétaire n'est pas exonéré du seul fait qu'il n'a pris aucune initiative (Crim., 6 mars 2001, pourvoi n° 00-86.421).

La situation du propriétaire-bailleur a elle aussi donné lieu à une certaine abondance d'arrêts. Il n'a pas la qualité de bénéficiaire des travaux du seul fait qu'il n'a pas imposé à son locataire de remettre les lieux en l'état à la suite de l'édification, par ce dernier, de constructions sans permis, alors même qu'il s'était contractuellement engagé envers ce locataire à obtenir l'autorisation de construire (Crim., 9 mars 1999, pourvoi n° 98-81.705). Inversement, un bailleur qui connaît la nature de l'activité de ses nouveaux locataires et leur intention de faire, sans déclaration ni permis, des travaux constitutifs d'un changement de destination, peut être poursuivi (Crim., 18 mai 2004, pourvoi n° 02-88.066).

Les illustrations des hypothèses réciproques dans lesquelles un prévenu va se voir imposer des obligations sur le fonds dont il n'est pourtant pas propriétaire sont légion. Ainsi d'un occupant non titulaire du droit de propriété mais qui s'est domicilié sur place, présenté comme l'entrepreneur des travaux et chargé des démarches administratives (Crim., 9 octobre 2001, pourvoi n° 00-87.045) ; ou du père de l'entrepreneur des travaux mais associé de près à ceux-ci (Crim., 3 octobre 2006, pourvoi n° 05-87.345) ; ou du conjoint du propriétaire en propre, mais qui est concrètement associé aux travaux ou bénéficie, concrètement toujours, de ceux-ci (Crim., 6 mars 2001, pourvoi n° 00-86.421 ;

Crim., 13 janvier 2009, pourvoi nº 08-86.216, *Bull. crim.* 2009, nº 15 ; Crim., 6 novembre 2012, pourvoi nº 12-80.841, *Bull. crim.* 2012, nº 242).

Il importe peu que le prévenu ait perdu la qualité de propriétaire ou de bénéficiaire des travaux postérieurement aux faits poursuivis (Crim., 20 octobre 1993, pourvoi nº 93-80.765, *Bull. crim.* 1993, nº 305). Du moins le vendeur n'est-il pas poursuivi si l'illicéité a été commise après le transfert des droits réels (Crim., 10 janvier 1996, pourvoi nº 94-85.938, *Bull. crim.* 1996, nº 13). Mais il est possible de poursuivre l'acquéreur, lorsqu'il bénéficie en connaissance de cause de travaux irrégulièrement entrepris (Crim., 24 février 2015, pourvoi nº 14-81.662). Encore faut-il que le juge du fond caractérise cette « connaissance » (Crim., 18 novembre 2014, pourvoi nº 13-88.130).

C'est finalement aux juges du fond qu'il revient d'établir à quel titre le prévenu est, ou n'est pas, utilisateur du sol ou bénéficiaire des travaux (Crim., 25 octobre 2016, pourvoi nº 15-85.431) et la chambre criminelle ne se substitue jamais à eux.

En droit de l'environnement, la notion d'exploitant, notamment celle d'exploitant d'une installation classée (mais d'autres exemples pourraient être trouvés dans le droit des déchets, ou dans celui de la pollution des eaux douces ou dans celui des organismes génétiquement modifiés), a fait l'objet elle aussi d'une réflexion novatrice de la chambre criminelle de la Cour de cassation, qui a conjugué ce faisant la tradition d'autonomie du droit pénal et les objectifs, européen, constitutionnel et légal, de protection en quelque sorte « supérieure » de l'environnement.

Cette notion d'exploitant, substituée à celle de propriétaire, est contenue dans les textes à d'innombrables reprises, notamment dans le titre VII du livre Ier du code entièrement refondu par l'ordonnance nº 2012-34 du 11 janvier 2012 portant simplification, réforme et harmonisation des dispositions de police administrative et de police judiciaire du code de l'environnement. La jurisprudence du Conseil d'État est donc très fournie sur le concept d'exploitant, en tant que redevable des obligations à l'égard de l'administration (autorisation et déclaration, garanties financières, modifications diverses, accidents d'exploitation, mesures à prendre à la fermeture…). C'est à ce titre que le Conseil d'État a eu à fixer la bonne règle, en des termes dont la chambre criminelle ne se départit pas, dans les cas de grande complexité juridique de la fusion-absorption d'une société exploitante par une autre, qui le devient (CE, 10 janvier 2005, nº 252307, publié au *Recueil Lebon*) ; ou de cession de l'installation (CE, 11 avril 1986, nº 62234, publié au *Recueil Lebon* ; CE, 8 septembre 1997, nº 121904, mentionné aux tables du *Recueil Lebon*).

Il en ressort que le contrôle du juge de cassation est nécessairement plus approfondi sur l'« exploitation d'une installation » que sur le « bénéfice de travaux », examiné précédemment à propos d'urbanisme.

La jurisprudence pénale recourt à la notion pour déterminer sur qui pèse d'une part la responsabilité des actes illicites, d'autre part la charge de la remise en état lorsqu'il en est ordonné. Ni dans l'une ni dans l'autre de ces interrogations, le droit de propriété ne joue un rôle à proprement parler décisif.

Le droit de propriété joue parfois un rôle, mais second. Ainsi, caractérise la complicité d'exploitation d'une installation classée sans autorisation commise, pour le compte d'un syndicat intercommunal, par ses organes ou représentants, la cour d'appel qui relève que ce syndicat, propriétaire d'un abattoir public, en connaissance de la situation illicite, en a

concédé l'exploitation, par convention d'affermage, à une association qui l'utilise, bien que l'autorisation préfectorale requise par la loi sur les installation classées, subordonnée à l'exécution de travaux de mise en conformité avec la réglementation sanitaire n'ait pas été délivrée au syndicat de communes qui l'avait sollicitée (Crim., 23 mai 2000, pourvoi nº 99-80.008, *Bull. crim.* 2000, nº 200).

L'exploitation d'une carrière ayant été étendue au-delà de l'emprise autorisée alors que la demande d'extension était en cours d'instruction, la qualité d'exploitant a été reconnue au propriétaire, à l'exclusion de la société sous-traitante, qui se bornait à réaliser les opérations matérielles d'extraction, et s'était contractuellement engagée à suivre les directives d'exploitation de sa cocontractante, en ce qui concernait notamment l'orientation des fronts et le programme d'avancement des travaux (Crim., 13 décembre 2005, pourvoi nº 05-82.161).

Réciproquement, le droit de propriété ne présume pas l'exploitation. Le seul fait de donner à bail une pisciculture non autorisée ne caractérise pas à la charge du bailleur le délit d'exploitation sans autorisation, ni la complicité de ce délit (Crim., 13 novembre 2002, pourvoi nº 02-80.379).

L'un des bénéfices, pour la protection de l'environnement, de cette acception de la notion d'exploitant, détachée des droits réels, est la divisibilité. Si le titulaire de l'autorisation administrative est exploitant de l'installation classée – en l'espèce, un syndicat intercommunal de collecte et traitement des ordures ménagères (Sictom) –, la personne exerçant effectivement l'activité – en l'espèce, le titulaire du marché public de traitement des ordures ménagères – dispose également de cette qualité (Crim., 13 janvier 2015, pourvoi nº 13-88.183, *Bull. crim.* 2015, nº 17).

Naturellement, la chambre criminelle de la Cour de cassation s'inscrit dans le fil de la jurisprudence administrative pour aborder avec souplesse la notion d'exploitant en cas de cession d'une installation ou de disparition de l'exploitant laissant le propriétaire du fonds seul face aux poursuites.

Selon un arrêt (Crim., 1er avril 2008, pourvoi nº 07-86.096), ne peut échapper aux poursuites le cessionnaire ayant acquis pour une somme symbolique en connaissance de son passif environnemental et s'engageant dans l'acte de cession à faire son affaire personnelle des arrêtés préfectoraux prescrivant les mesures nécessaires, l'exploitant ancien ayant disparu.

De même, un arrêt (Crim., 29 janvier 2019, pourvoi nº 18-82.418) admet la condamnation par les juges du fond de l'ancien gérant d'une société locataire qui a délaissé des tuyaux amiantés sur le terrain, en relevant que cet ex-gérant, dont les droits réels sur ledit terrain ne sont nullement évoqués dans l'arrêt, avait conservé les tuyaux pour divers usages illicites et avait reçu de l'administration, pendant plusieurs années, des mises en garde sur l'illicéité de la situation tant au regard de la législation sur les installations classées qu'au regard de la législation sur les déchets.

Enfin, la Cour de cassation, toujours sans s'arrêter à la titularité des droits réels, a eu à rappeler, en matière d'exploitation d'une installation classée sans autorisation, qu'il incombe personnellement aux dirigeants des sociétés dont les activités sont soumises à des réglementations de police de veiller au respect des prescriptions qui leur sont applicables

(Crim., 16 janvier 2007, pourvoi nº 06-85.487). Il a été admis qu'étaient pénalement responsables d'infractions à la police des installations classées :

– le président du conseil d'administration d'une coopérative agricole (Crim., 28 juin 2005, pourvoi nº 05-80.274, inobservation de la mise en demeure d'avoir à respecter des prescriptions techniques applicables à des silos) ;

– le président du conseil d'administration d'une société anonyme, laquelle avait la qualité de syndic d'un immeuble en copropriété dans lequel était exploité un parc de stationnement couvert (Crim., 12 décembre 2000, pourvoi nº 00-80.561).

Chapitre 3. Puissance de la propriété et limites des droits fondamentaux et de la préservation de la dignité des personnes

Une autre articulation gagne en ampleur : celle du droit de propriété et des droits fondamentaux des personnes. Elle n'est pas entièrement nouvelle. Dès les années 1990, l'objectif de valeur constitutionnelle à un logement décent, devenu le « droit à » un logement décent, s'est élevé comme une limite au pouvoir des propriétaires des immeubles propres à servir de logement (taxe sur les logements vacants, encadrement de l'expulsion des occupants, éventualités d'expropriation, etc.) [144]. Cette orientation constitue d'ailleurs une illustration non seulement de cette articulation avec les droits fondamentaux mais également d'un retour du partage des utilités des biens (que l'on verra à l'œuvre *infra*) : elle met en œuvre la « *primauté de l'utilité* » ainsi que l'organisation d'une superposition des utilités avec, d'un côté, la « *propriété-disposition* », qui impose « *des contraintes essentiellement de nature fiscale au propriétaire* » ; de l'autre, la « *propriété-usage* », trait d'union avec la conception aristotélicienne de la propriété fondée sur le besoin [145]. Mais la « fondamentalisation » ne s'est évidemment pas arrêtée à cette seule figure et l'on trouvera témoignages, dans les arrêts de la Cour de cassation mis en lumière dans l'Étude, d'autres articulations (section 1).

Par ailleurs, en dehors de la protection directe des droits fondamentaux des personnes, il s'est installé dans notre droit une mise en retrait d'un ensemble de biens dédiés à la préservation de la dignité des individus, les « *biens de dignité* », intégrés à un « *patrimoine de dignité* » : alors même qu'ils sont ordinaires et patrimoniaux, ces biens sont soustraits du mécanisme du droit de gage général des créanciers ; ils s'agrègent en une masse distincte dans le patrimoine de la personne et sont destinés à assurer un « reste à vivre » et à demeurer attachés à la personne. Se manifeste par là une sorte d'« *affectation* » en creux ou par retrait [146], qui concerne précisément une fraction du salaire [147] ; les sommes et

144. H. Pauliat, « L'objectif constitutionnel de droit à un logement décent : vers le constat de décès du droit de propriété ? », *D.* 1995, chr., p. 283.

145. H. Pauliat, art. préc.

146. R. Boffa, *La destination de la chose*, préf. M.-L. Mathieu-Izorche, Defrénois, 2008, nº 563 et s., p. 416 et s., parle quant à lui d'« *universalité par amputation d'une universalité domestique* » ; J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé,* PUF, 2013, Notion 6 – Patrimoine, § 24.

pensions à caractère alimentaire [148] ; les biens mobiliers nécessaires à la vie et au travail de la personne [149] ; les objets indispensables aux personnes handicapées ou destinés aux soins des malades [150] ; la « *part des ressources nécessaires aux dépenses courantes du ménage* » [151] ; les droits sur le logement familial (et sur les meubles meublants). Ces biens sont insaisissables par les créanciers et, en conséquence, peuvent apparaître comme un patrimoine affecté à la personne, patrimoine qui ne peut pas lui être retiré. Le tout émane de mesures ponctuelles et diverses, qui prennent cependant un sens si on leur restitue leur fondement commun, à savoir la protection de la dignité de la personne et la conservation auprès d'elle (et de son groupe familial) des biens vitaux qui lui permettent d'exister dignement, matériellement et psychologiquement, et qui assurent son intégration sociale minimale. La propriété de ces biens n'est pas entamée, mais seulement certains de ses attributs, notamment la libre disposition qu'elle offre normalement, ainsi que ses fonctions de garantie : l'aliénation de ces biens est encadrée (dans les couples mariés par exemple) ; le droit assure la poursuite de leur bénéfice dans des hypothèses de besoins particulièrement impérieux (l'incapable, quel que soit son régime de protection, doit pouvoir les conserver à « *sa disposition aussi longtemps qu'il est possible* » [152]) ; il organise des procédures d'insaisissabilité volontaire (notamment par la déclaration de l'entrepreneur individuel) ; il s'assure que le conjoint ou le partenaire survivant puisse demeurer gratuitement dans le logement de la famille (un an après le décès [153]) (section 2).

Section 1. Puissance de la propriété et articulation avec les droits fondamentaux d'autrui

Dans l'entreprise, l'exercice du « droit de propriété » de l'un doit traditionnellement s'articuler avec les droits de grève et syndicaux d'autres, parfois identifiés comme une « communauté de travail » (§ I). De façon plus récente et en dehors de ce cadre, il doit parfois faire une place au droit au logement de tiers (§ II).

Dans un sens différent, *cf.* R. Castel et C. Haroche, *Propriété privée, propriété sociale, propriété de soi*, Fayard, 2001, défendant la notion de « *propriété sociale* », au sens d'une « *sorte de moyen terme qui inclut la protection sociale, le logement social, les services publics, un ensemble de biens collectifs fournis par la société et mis à disposition des non-propriétaires pour leur assurer un minimum de ressources, leur permettre d'échapper à la misère, à la dépendance et à la déchéance sociale* ».

147. Article L. 3252-2 et L. 3252-3, du code du travail

148. Article L. 112-2, du code des procédures civiled'exécution

149. Par ex., 2e Civ., 28 juin 2012, pourvoi no 11-15.055, *Bull.* 2012, II, no 126, *D.* 2012, p. 1941, note L. Lauvergnat ; *RDT* 2012. 455, édito. A. Lyon-Caen, à propos de l'ordinateur d'une personne en recherche d'emploi.

150. Article L. 112-2 du code des procédures civiles d'exécution.

151. Article L. 731-2 (visant les « dépenses de logement, d'électricité, de gaz, de chauffage, d'eau, de nourriture et de scolarité, de garde et de déplacements professionnels ainsi que les frais de santé » dans la limite d'un plafond, selon des modalités définies par décret) et L. 732-3 du code de la consommation.

152. Article 426, alinéa 1, du code civil.

153. Articles 763 et 515-6, alinéa 3, du code civil.

§ I. Droit de propriété et exercice des droits de grève et syndicaux

L’entreprise est le lieu où cohabitent deux droits garantis par les textes constitutionnels : d’une part, le droit de propriété (inscrit à l’article 17 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789 ; d’autre part, les droits des salariés à l’action syndicale, à la grève et à la détermination collective des conditions de travail et de la gestion des entreprises, inscrits aux articles 6,7 et 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

Cette cohabitation a amené le Conseil constitutionnel à « *concilier en permanence les droits* économiques *et sociaux du préambule de 1946 avec les Libertés fondamentales de la déclaration de 1789* » (O. Dutheillet de Lamothe, « Les principes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière sociale », *Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, nº 45) en veillant à ce que le législateur n’apporte pas une atteinte disproportionnée aux droits individuels par la mise en œuvre des principes du droit du travail énoncés par le Préambule.

D’une façon similaire, la chambre sociale de la Cour de cassation a dû répondre à la dialectique droits sociaux/droits de propriété, notamment dans les situations de grève (A) et dans les situations d’exercice de droits sociaux impliquant l’usage des locaux privés de l’entreprise à des fins syndicales (B). L’entreprise est aussi le lieu d’une communauté de travail, ce qui peut contribuer à limiter le droit constitutionnel à la propriété (C).

A. L’exercice du droit de grève et la propriété privée

En application de l’article L. 2511-1 du code du travail « *l’exercice du droit de grève ne peut justifier la rupture du contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié* ».

La faute lourde suppose la participation personnelle et active du salarié à des faits illicites commis à l’occasion de l’exercice du droit de grève. Elle est caractérisée par l’intention délibérée de nuire à l’employeur ou à l’entreprise.

Il ressort de la jurisprudence de la chambre sociale que la nullité du licenciement d’un salarié gréviste n’est pas limitée au cas où son licenciement est prononcé pour avoir participé à une grève. Elle s’étend à tout licenciement d’un salarié prononcé à raison d’un fait commis au cours de la grève à laquelle il participe et qui ne peut être qualifié de faute lourde.

Ainsi dans un arrêt Soc., 22 janvier 1992, nº 90.44-249, *Bull.* 1992, V, nº 19, a été jugé :

« *Attendu, cependant, que la nullité du licenciement d’un salarié gréviste n’est pas limitée au cas où le licenciement est prononcé pour avoir participé* à *une grève ; qu’elle s’étend* à *tout licenciement d’un salarié prononcé* à *raison d’un fait commis au cours de la grève* à *laquelle il participe et qui ne peut* être *qualifié de faute lourde ;*

Qu’en statuant comme elle l’a fait, alors qu’elle a reconnu que le fait reproché au salarié gréviste ne présentait aucun caractère fautif, la cour d’appel a violé le texte susvisé ».

La commission d’une faute lourde suppose l’intention de nuire à l’entreprise de la part du salarié qui la commet. La doctrine propose la distinction suivante :

« *On peut considérer qu’il existe deux catégories de faute lourde du salarié gréviste : celle teintée d’une coloration pénale “notamment atteinte* à *la liberté du travail, séquestration, violences” et dont l’intention de nuire serait consubstantiel ; la démonstration d’une telle intention n’est pas nécessaire. Celle constitutif d’un manquement aux obligations contractuelles impliquant de caractériser l’intention de nuire du salarié gréviste*. » (« Le clair-obscur de la faute lourde du salarié gréviste », par A. Martinon, professeur à l’école de droit de la Sorbonne, *La Semaine Juridique Social* n° 36, 4 septembre 2012, 1362).

Ainsi dans le premier cas, la chambre sociale a jugé dans un arrêt Soc., 15 mai 2001, n° 00-42.200, *Bull.* 2001, V, n° 166 :

« *Mais attendu que constitue, en principe, une faute lourde justifiant le licenciement d’un salarié gréviste, l’atteinte* à *la liberté du travail ; d’où il suit que la cour d’appel ayant constaté que chacun des salariés concernés avait personnellement participé au blocage des accès de l’hôtel, empêchant les salariés non-grévistes ainsi que les fournisseurs et les clients d’y accéder, a pu, par ces seuls motifs, décider que leur licenciement ne caractérisait pas un trouble manifestement illicite ; que le moyen n’est pas fondé* ».

À noter qu’un blocage effectif empêchant la libre circulation, même dans un temps très limité, peut qualifier une faute lourde.

En revanche, dans le second cas, la chambre sociale a jugé dans un arrêt Soc., 25 février 1988, pourvoi n° 85-45.262, *Bull.* 1988, V n° 134 :

« *Mais attendu que les juges du fond, répondant aux conclusions invoquées, ont relevé que Messieurs J. et B. avaient, par rétention des clés de contact, procédé, pendant deux heures, au blocage de véhicules destinés* à *un service d’ambulance chargé du transport d’urgence de blessés ou au ramassage scolaire d’handicapés physiques ; que, par ces seules constatations, ils ont caractérisé la faute lourde des salariés.* »

Cependant, l’atteinte temporaire à la propriété de l’entreprise ne constitue pas forcément une faute lourde, notamment dans la mesure où l’intention de nuire n’a pas été démontrée.

Ainsi, dans un arrêt Soc., 8 février 2012, pourvoi n° 10-14.083, *Bull.* 2012, V, n° 61, la chambre jugée qu’un salarié qui n’avait pas restitué son véhicule de fonction à l’occasion d’une grève n’avait pas commis de faute lourde, l’entreprise n’ayant pas démontré que cette absence de restitution avait porté atteinte à la liberté du travail des autres salariés et que le mis en cause avait agi avec une intention de nuire.

B. L’exercice du droit syndical et la propriété privée

Les locaux de l’entreprise appartenant à une personne privée, son droit de propriété doit être respecté par les organisations syndicales.

Cependant, l’alinéa 2 de l’article L. 2325-11 dispose que les membres élus du comité d’entreprise et les représentants syndicaux au comité d’entreprise peuvent, tant durant les heures habituelles de travail qu’en dehors, circuler librement dans l’entreprise et y prendre

tous les contacts nécessaires à l'accomplissement de leur mission, notamment auprès d'un salarié à son poste de travail, sous réserve de ne pas apporter de gêne importante à l'accomplissement de son travail. L'employeur ne peut porter atteinte à cette liberté en subordonnant l'accès à certains locaux de l'entreprise à son autorisation préalable.

La Cour de cassation a ainsi jugé dans un arrêt Crim., 5 mars 2013, nº 11-83.984, *Bull. Crim.,* 2013, nº 59 :

« *Attendu que, selon l'arrêt, il est reproché* à *MM. A... et X... d'avoir restreint la liberté de circulation des délégués du personnel de l'association pendant leurs heures de délégation ;*

Attendu que, pour déclarer la prévention établie *de ce chef, après avoir relevé que, dans les réponses données par la direction aux questions posées par les délégués du personnel, il avait* été *demand*é à *ceux-ci de communiquer les temps et les permanences prévus pour consulter le personnel en dehors du temps de travail sur les lieux mis* à *leur disposition, qu'il leur avait* également été *signifié que les déplacements* à *l'extérieur dans les temps de travail restaient subordonnés* à *des ordres de mission signés par la direction, et, enfin qu'il avait* été *même procédé sans concertation* à *la planification des heures de délégation de M. Y... les juges du second degré* énoncent *que ces faits constituent des atteintes caractérisées* à *la liberté de circulation des délégués du personnel au sens des articles L. 2315-1 et suivants du code du travail ;*

Attendu qu'en l'état de ces motifs, la cour d'appel, qui a répondu aux chefs péremptoires des conclusions des prévenus, a justifié sa décision ».

Cependant cette liberté doit être organisée de façon à être compatible avec le fonctionnement normal de l'entreprise et ses impératifs de sécurité, compris notamment comme étant la protection de secrets industriels (*cf.* Soc., 9 juillet 2014, pourvoi nº 13-16.151).

En revanche, la liberté syndicale ne peut aller jusqu'à la préemption de locaux appartenant à l'entreprise.

Dans un arrêt du 6 juin 2018 (Soc., 6 juin 2018, pourvoi nº 16-25.527), la chambre sociale a ainsi affirmé que l'employeur ayant par un usage prêté un local à une organisation syndicale où elle avait établi son siège social, pouvait en reprendre possession, à la condition de ne pas porter une atteinte injustifiée et disproportionnée à l'exercice du droit syndical. Commentant cet arrêt, la doctrine indique :

« *La Cour de cassation offre de précieuses informations quant* à *l'app*réciation *du caractère injustifié ou disproportionné de la dénonciation. D'abord, au titre de la proportionnalité, "un délai raisonnable avait* été *laissé au syndicat pour transférer son siège hors de l'entreprise", ce qui n'est qu'une application du principe de loyauté. Ensuite, "aucun des* éléments *produits au débat ne laissait apparaître que la décision n'aurait pas concerné la totalité des organisations syndicales qui avaient fixé leur siège dans l'entreprise". On y perçoit une application du principe d'égalité syndicale ; toute autre décision (inégalitaire) aurait* été *jugée comme* étant *"injustifiée" entraînant la nullité absolue de la dénonciation pour motif illicite. La Cour de cassation en conclut qu'aucun* élément *ne démontrait, de la part de l'employeur, "un quelconque abus de son droit de propriété.* […] *dans l'arrêt du 6 juin 2018, la Cour de cassation apprécie la proportionnalité de l'atteinte portée* à *la liberté syndicale par le droit de propriété, conformé-*

ment à *l'ordre* établi *par l'article 11 de la Convention européenne".* (Y. Pagnerre professeur agrégé des facultés de droit, Liberté syndicale contre droit de propriété : dénonciation d'un usage fixant le siège statutaire dans l'entreprise, *La Semaine Juridique Social* n° 37, 18 septembre 2018, 1297).

Cet arrêt illustre parfaitement la dialectique entre ces deux droits fondamentaux que sont la liberté syndicale et la propriété privée en soumettant l'exercice du second au principe de proportionnalité afin de protéger le premier.

C. Communauté de travail et propriété privée

Dans un arrêt Soc., 9 mars 2011, pourvoi n° 10-11.588, *Bull.* 2011, V, n° 68, la chambre a jugé que ne constituait pas un trouble manifestement illicite l'occupation d'une unité de production que l'employeur avait décidé de fermer sans information ni consultation préalable des institutions représentatives du personnel et d'interdire l'accès au salarié alors le travail sans aucune explication.

Commentant cet arrêt, la doctrine insiste sur le point que le droit de propriété ne permettait pas un comportement manifestement abusif : « *d'une certaine manière, l'occupation provisoire des locaux se trouve une excuse : l'excuse de provocation. Il est en effet socialement utile que l'émotion collective puisse s'exprimer sans que le juge donne l'impression de cautionner la brutalité de certains choix* économiques. » (A. Bugalas, Appréciation du caractère manifestement illicite de l'occupation de locaux par les grévistes, *Procédures* n° 5, mai 2011, commentaire 173).

Ainsi, la personne privée propriétaire d'une entreprise ne peut jouir à sa guise, de façon arbitraire, des locaux dont elle est propriétaire, l'entreprise n'étant pas constituée uniquement par ses locaux et ses outils de travail, mais aussi par les salariés qui y vivent.

Cet aspect de protection de la communauté de travail explique également les atteintes que l'action des CHSCT peut porter au droit de propriété.

Comme il a été indiqué ci-dessus, dans le cadre de leur mandat les représentants du personnel élus au CHSCT doivent pouvoir librement circuler dans tous les sites de l'entreprise dépendant de son périmètre, notamment pour effectuer des visites, en application de l'article L. 4612-4 du code du travail.

Mais, outre l'accès aux locaux privés de l'entreprise, le CHSCT avait également accès à ses fonds. En effet, dépourvu de budget propre, il devait faire financer les missions d'expertise qu'il pouvait ordonner par l'entreprise elle-même. Les rédactions combinées des articles L. 4614-12 et L. 4614-13 anciens du code du travail qui prévoyaient le recours à un expert et sa rémunération par l'employeur, telles qu'interprétées par la chambre sociale, aboutissaient cependant à ce que les entreprises, même si elles avaient pu faire annuler par le juge du fond la mission d'expertise, devaient payer l'expert dès lors qu'il avait commencé sa mission (Soc., 15 mai 2013, *Bull.* V n° 125).

Dans une décision n° 2015-500 QPC du 27 novembre 2015 le Conseil constitutionnel a relevé que la combinaison de l'absence d'effet suspensif du recours de l'employeur et de l'absence de délai d'examen de ce recours conduisaient à ce que l'employeur soit privé de toute protection de son droit de propriété (c'est-à-dire de ses fonds) en dépit de l'exercice

d'une voie de recours et a décidé l'abrogation partielle de l'article L. 4614-13 du code du travail, avec effet différé au 1er janvier 2017.

Cependant, jusqu'au 1er janvier 2017, ce texte, tel qu'interprété par la chambre sociale, est resté applicable (Soc., 15 mars 2016, pourvoi nº 14-16.242, *Bull.* 2016, V, nº 47), la chambre ayant par ailleurs refusé de le déclarer inconventionnel (Soc., 31 mai 2017, pourvoi nº 16-16.949, *Bull.* 2017, V, nº 96).

Désormais, l'article L. 2315-86 du code du travail prévoit que la contestation par l'employeur d'une désignation d'un expert par le comité social et économique, successeur du CHSCT, est suspensif et qu'en cas d'annulation de la désignation, le CSE, doté d'un budget propre doit rembourser à l'employeur les sommes déjà versées à l'expert.

Ce cas illustre encore la balance nécessaire entre droit de propriété et droits sociaux des salariés.

§ II. Droit de propriété et droit au logement

Dès la consécration d'un « droit au logement », voire au domicile, l'opposition fut patente avec le droit de propriété des propriétaires d'immeubles propres à servir d'habitation (A). La Cour de cassation s'est attachée à les articuler, notamment lorsqu'une expulsion ou des mesures d'exécution forcée sont requises (B) ou en matière pénale (C).

A. Les termes de l'articulation : les consécrations des droits de propriété et au logement

Le droit de propriété, en tant notamment que corollaire de la liberté, est affirmé et protégé en droit interne depuis la révolution de 1789 : l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 dispose en effet que « *le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance* à *l'oppression* », et l'article 17 poursuit en édictant que « *la propriété* étant *un droit inviolable et sacré, nul ne peut en* être *privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige* évidemment ,*et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ». Le code civil de 1804, dans son article 544, réaffirme l'importance de ce droit. La Constitution du 4 octobre 1958 se référant dans son préambule à la déclaration de 1789, et le Conseil constitutionnel accordant valeur constitutionnelle à toutes les dispositions de cette déclaration, il n'est pas contesté que le droit de propriété est un droit fondamental de valeur constitutionnelle (Cons. const., 16 janvier 1982, décision nº 81-132 DC, Loi de nationalisation ; 1re Civ., 4 janvier 1995, pourvoi nº 92-20.013, *Bull.* 1995, I, nº 4).

Le droit de propriété est également protégé par des textes supranationaux, telle la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 et le premier protocole additionnel de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950.

Le droit au logement, qui a pu être défini comme « *le droit de disposer d'un local* à *usage d'habitation qui soit conforme au respect de la dignité humaine* » (C. Albigès, « Le droit au logement », *in* R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet, « Libertés et droits fondamentaux », *Dalloz*, coll. CRFPA, 14e éd., 2008, p. 7891), a reçu une consécration

plus récente en droit interne, alors même qu'il était reconnu par des textes internationaux dès 1948, l'article 25, alinéa 1, de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 en faisant état, de même que l'article 11, alinéa 1, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966. D'abord connu sous le vocable du « *droit* à *l'habitat* » (loi n° 82-526 du 22 juin 1982 relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs), c'est la loi du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 qui a, pour la première fois, lié les notions de droit au logement et de droit fondamental en disposant dans son article 1er que « *le droit au logement est un droit fondamental ; il s'exerce dans le cadre des lois qui le régissent* ». Le droit au logement a ensuite dépassé le seul cadre des rapports locatifs et pris une dimension sociale, administrative et financière à partir de la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 relative à la mise en œuvre du droit au logement, qui dispose dans son article 1er que « *garantir le droit au logement constitue un devoir de solidarité pour l'ensemble de la nation* » et prévoit en faveur des familles en difficultés une aide de la collectivité pour accéder à un « *logement décent et indépendant* », jusqu'à la loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, dite « loi Dalo » qui a créé l'article L. 300-1 du code de la construction et de l'habitation selon lequel le droit à un logement décent est garanti par l'État à toute personne résidant régulièrement sur le territoire et qui n'est pas en mesure d'accéder à un logement par ses propres moyens ou de s'y maintenir.

Le droit au logement décent est invariablement qualifié par le Conseil constitutionnel dans ses différentes décisions rendues depuis 1995 « d'objectif de valeur constitutionnelle » (par exemple, Cons. const., 19 janvier 1995, décision n° 94-359 DC, Loi relative à la diversité de l'habitat ; Cons. const., 18 mars 2009, décision n° 200-578 DC, Loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion), le rattachement de ce droit à la dignité humaine étant progressivement abandonné pour devenir un droit autonome.

Le droit au logement est protégé par le juge judiciaire : le droit au logement décent est un droit d'ordre public, auquel les parties ne peuvent déroger (3e Civ., 15 décembre 2004, pourvoi n° 02-20.614, *Bull*. 2004, III, n° 239). Mais ce droit au logement n'interdit pas au bailleur de solliciter des garanties de paiement de la part de son locataire (3e Civ., 19 mars 2003, pourvoi n° 01-03.730, *Bull*. 2003, III, n° 65), ni de résilier un contrat de résidence après simple mise en demeure comme le contrat le prévoyait (3e Civ., 2 avril 2003, pourvoi n° 01-14.774, *Bull*. 2003, III, n° 78), alors qu'était invoqué le besoin de se loger.

Par ailleurs, en matière d'expulsion, un autre droit protégé pèse dans la balance : le droit au respect du domicile, prévu à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Et le Conseil constitutionnel opère une conciliation entre cet objectif et l'exercice du droit de propriété proclamé par les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (Cons. const., 29 juillet 1998, décision n° 98-403 DC, Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, cons. 7).

Mais le droit de propriété est plus fortement garanti par le juge judiciaire, qui veille au respect de son plein exercice. La jurisprudence de la Cour de cassation montre ainsi que, entre autres exemples, l'atteinte portée par l'administration au droit de propriété est une voie de fait, justifiant la compétence judiciaire (1re Civ., 3 février 2004, pourvois n° 02-13.349 et n° 02-14.098, *Bull*. 2004, I, n° 39) et que le droit de propriété est protégé dans toutes ses composantes, comprenant l'accès à la propriété (1re Civ., 28 novembre 2006, pourvoi n° 04-19.134, *Bull*. 2006, I, n° 529) comme l'intégrité de l'objet du droit de

propriété qui ne peut souffrir aucun empiétement, quelles que soient sa mesure ou la tolérance passée dont il a pu faire l'objet (3e Civ., 20 mars 2002, pourvoi nº 00-16.015, *Bull*. 2002, III, nº 71 ; 3e Civ., 14 décembre 2005, pourvoi nº 04-17.925, *Bull*. 2005, III, nº 248 ; 3e Civ., 21 décembre 2017, pourvoi nº 16-25.406, *Bull*. 2017, III, nº 144 ; 3e Civ., 6 juillet 2017, pourvoi nº 15-17.278, *Bull*. 2017, III, nº 91).

L'absolutisme du droit de propriété rencontre cependant diverses limites dans son exercice, qui ne doit pas être abusif. Celui qui use de sa propriété dans l'intention de nuire à son voisin s'expose à des sanctions civiles (voir affaire Clément-Bayard, Req., 3 août 1915, *DP* 1917, 1, 79), comme celui qui trouble anormalement le voisinage.

De même, la protection du logement peut justifier, à certaines conditions, que des *atteintes* soient portées au droit de propriété si elles sont justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi. La troisième chambre civile de la Cour de cassation l'a rappelé dans un arrêt du 11 juillet 2012 (3e Civ., 11 juillet 2012, QPC nº 12-40.043, *Bull*. 2012, III, nº 109) relatif à la constitutionnalité de l'article L. 331-3-2 du code de la consommation qui autorise le juge à suspendre, dans le cadre d'une procédure de surendettement, les mesures d'expulsion du débiteur de son logement si sa situation l'exige. Elle a retenu que la question de la constitutionnalité de cette disposition au regard notamment des articles 2 et 17 de la Constitution ne présentait pas de caractère sérieux dès lors, de première part, que cette mesure de suspension temporaire des mesures d'expulsion n'avait ni pour effet ni pour objet de priver le propriétaire de l'immeuble de son droit de propriété et, de seconde part, que si elle constitue incontestablement une atteinte au droit de propriété du bailleur qui ne peut disposer de son bien en dépit de la résiliation du bail, cette atteinte répond à l'objet d'intérêt général de faciliter le traitement des situations de surendettement et que les atteintes qui en résultent pour le droit de propriété sont proportionnées à cet objectif.

B. L'articulation : le droit au logement ou au domicile versus l'expulsion et les mesures d'exécution forcée

Pour autant, la primauté du droit de propriété a été récemment réaffirmée par la troisième chambre civile, dans des arrêts dans lesquels il lui était demandé de mettre en balance le droit au respect du domicile d'une des parties, protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, avec le droit de propriété de l'autre, protégé par l'article 1er du premier protocole additionnel de cette Convention. Dans un arrêt du 17 mai 2018 (3e Civ., 17 mai 2018, pourvoi nº 16-15.792, publié au *Bulletin*), elle a en effet retenu que la mesure de démolition d'une construction à usage d'habitation construite illégalement sur le terrain d'autrui, et l'expulsion de son occupant, bien que constituant une atteinte au droit au respect de son domicile, ne saurait, s'agissant des seules mesures de nature à permettre au propriétaire de recouvrer la plénitude de son droit sur le bien, revêtir un caractère disproportionné eu égard à la gravité de l'atteinte portée au droit de propriété. Elle a repris ce même motif dans un arrêt du 3 juillet 2019 (3e Civ., 3 juillet 2019, pourvoi nº 18-17.119, publié), dans lequel elle a retenu que l'atteinte portée, par la mesure d'expulsion prononcée, au droit au respect du domicile des occupants d'un terrain y ayant installé leurs caravanes ne saurait être disproportionnée eu égard à la gravité de l'atteinte portée au droit de propriété des propriétaires de ce terrain. Rappelant le caractère absolu du droit de propriété, elle en déduit que le droit au respect du

domicile ne saurait faire obstacle, en cas d'occupation sans droit ni titre d'un bien appartenant à autrui, à une demande d'expulsion formée par les propriétaires de ce bien.

Il faut cependant s'arrêter plus précisément sur l'articulation opérée entre le droit au logement d'un débiteur et une mesure d'exécution forcée, exercée non pas seulement dans celui-ci, mais sur celui-ci.

Et cet équilibre est recherché tant au stade du prononcé de l'expulsion que de sa mise en œuvre. Car l'expulsion, peu importe qu'elle soit exécutée ou non, constitue une ingérence dans le droit au respect du domicile (CEDH, arrêt du 17 octobre 2013, Winterstein et autres c. France, n° 27013/07, §§ 141 à 143 ; CEDH, arrêt du 24 avril 2012, Yordanova et autres c. Bulgarie, n° 25446/06, § 104 ; CEDH, arrêt du 15 janvier 2009, Cosic c. Croatia, n° 28261/06, § 18).

La Cour européenne des droits de l'homme insiste sur la gravité de cette atteinte qui ne peut avoir lieu que dans des conditions strictes (voir par exemple, CEDH, arrêt du 18 janvier 2001, Chapman c. Royaume-Uni, n° 27238/95, § 90 ; CEDH, arrêt du 24 mai 2004, Connors c. Royaume-Uni, n° 66746/01, § 81-84 ; CEDH, arrêt du 9 octobre 2007, Stanková c. Slovakia, n° 7205/02, § 58 ; CEDH, arrêt du 13 mai 2008, McCann c. Royaume-Uni, n° 19009/04, § 49).

Le législateur semble étendre la protection du logement et la jurisprudence valider l'équilibre ainsi trouvé.

Ainsi, d'abord, le créancier titulaire d'un titre exécutoire peut en principe recouvrer sa créance sur tous les biens de son débiteur, qui constituent le gage commun des créanciers (article 2285 du code civil). Cela comprend ses biens immobiliers, pouvant constituer son logement, qui pourront être vendus de manière forcée.

Dans ce cadre, il est constant que l'adjudication constitue une atteinte au droit au respect du domicile du débiteur (CEDH, arrêt du 16 juillet 2009, Zehentner c. Autriche, n° 20082/02, § 54 et s. ; CEDH, arrêt du 12 juillet 2016, Vrzic c. Croatie, n° 43777/13, §§ 65-73). Dans ses décisions, la CEDH invite à un contrôle de conventionnalité de la mesure essentiellement au regard des garanties procédurales dont a pu effectivement bénéficier le débiteur, celui-ci devant pouvoir « faire examiner la proportionnalité de cette mesure par un tribunal indépendant à la lumière des principes pertinents qui découlent de l'article 8 de la Convention » (CEDH, arrêt du 13 mai 2008, McCann c. Royaume-Uni, n° 19009/04, § 49).

La deuxième chambre civile de la Cour de cassation (2e Civ., 11 janvier 2018, pourvoi n° 16-27.283) a appliqué ces principes dans une affaire dans laquelle un majeur protégé, représenté par son tuteur, arguait d'une atteinte à son droit de propriété et au droit au respect de son domicile, critiquant la cour d'appel, sur ce dernier point, de n'avoir pas procédé, éventuellement d'office, au contrôle de proportionnalité.

La Cour répond que les garanties procédurales étaient suffisantes et que c'est par une appréciation souveraine de la valeur et de la portée des éléments de preuve que la cour d'appel a refusé de suspendre la procédure. Elle encadre donc cette mise en balance par le jeu des garanties procédurales et renvoie ensuite au pouvoir souverain des juges du fond pour le contrôle concret.

Il sera relevé qu'il s'agissait d'une procédure d'exécution forcée immobilière, propre aux départements d'Alsace et Moselle, mais le raisonnement n'a pas lieu d'être différent en saisie immobilière de droit commun.

En saisie immobilière, la question de l'équilibre des droits concurrents se pose également avec ceux de l'adjudicataire, devenu propriétaire du bien dès le jugement d'adjudication (article L. 311-10 du code des procédures civiles d'exécution). La réforme de la saisie immobilière de 2006 (ordonnance nº 2006-461 du 21 avril 2006 réformant la saisie immobilière et décret nº 2006-936 du 27 juillet 2006 relatif aux procédures de saisie immobilière et de distribution du prix d'un immeuble) a tiré les conséquences de ce transfert immédiat en prévoyant que ce jugement constitue désormais un titre d'expulsion, là où auparavant il fallait une nouvelle procédure pour en obtenir un. Par ailleurs, alors qu'en surendettement, comme nous le verrons, la suspension des mesures d'expulsion est possible, cette disposition ne s'applique pas lorsqu'elles résultent d'un jugement d'adjudication (article L. 722-6 du code de la consommation). Le droit de propriété de l'adjudicataire est ici mis en avant. Mais celui-ci n'est pas complet immédiatement et l'adjudicataire ne peut procéder à aucun acte de disposition (article L. 322-9 du code des procédures civiles d'exécution) ni procéder à l'expulsion tant qu'il n'a pas payé le prix (article R. 322-64 du code des procédures civiles d'exécution). L'équilibre se trouve ensuite assuré par les règles propres aux mesures d'expulsion.

Une fois l'expulsion autorisée par un jugement, quel qu'il fût, lorsqu'elle est mise en œuvre, une protection particulière du logement de l'occupant est prévue par le législateur, protection qui s'est peu à peu accrue.

Ainsi, avant la loi nº 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, aucune disposition spécifique ne régissait les expulsions et la pratique et la jurisprudence avaient élaboré quelques règles protectrices minimales. Depuis 1991, a été édicté un ensemble de règles propres à l'expulsion (section 8 du chapitre 3 de la loi nº 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, titre IX de son décret d'application nº 92-755 du 31 juillet 1992, devenus le livre IV du code des procédures civiles d'exécution), protectrices de l'occupant, notamment lorsqu'elle se déroule dans une habitation (voir point 44), à tel point qu'un auteur parlait alors de « droit de la non-expulsion, peut-être même un non-droit de l'expulsion » (E. Putman, « La réforme des procédures civiles d'exécution et l'expulsion des occupants d'immeubles », *LPA*, 21 septembre 1994, nº 113).

Les règles protectrices sont de deux ordres.

D'abord, diverses mesures sont prévues pour favoriser le relogement de l'intéressé, avec une information de plus en plus en amont et de plus en plus ciblée, des services à même d'aider à ce relogement, mais aussi du débiteur sur les services qu'il peut actionner. Ainsi, par exemple, le commandement de payer visant la clause résolutoire, en certains cas, est désormais transmis aux commissions de coordination des actions de prévention des expulsions locatives (CCAPEX), censées coordonner les actions en vue du relogement (article 24 de la loi nº 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi nº 86-1290 du 23 décembre 1986, dans sa version issue de la loi nº 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové), puis l'assignation ou les conclusions en demande reconventionnelle en expulsion locative, au représentant de l'État dans le département (même article, depuis la loi nº 98-657 du

29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions), afin qu'il saisisse les services compétents pour l'aide au logement. Le juge qui prononce l'expulsion ou se prononce sur des délais avant délivrance du commandement peut ensuite décider de transmettre sa décision à ce même représentant (article R. 412-2 du code des procédures civiles d'exécution) et le commandement de quitter les lieux lui est systématiquement transmis (articles L. 412-5 et R. 412-2 du code des procédures civiles d'exécution). Le délai pour quitter les lieux est d'ailleurs suspendu tant que l'information n'a pas été transmise correctement (article R. 412-2 du même code) de sorte que l'expulsion ne peut simplement pas avoir lieu.

Il existe ensuite des délais destinés à protéger les personnes expulsées de leur logement. Ainsi, l'expulsion ne peut avoir lieu que deux mois après délivrance du commandement de quitter les lieux (article L. 412-1 du code des procédures civiles d'exécution) et il ne peut être procédé à l'expulsion pendant la trêve hivernale (article L. 412-6 du code des procédures civiles d'exécution), récemment étendue de 15 jours (loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 précitée, article 25). Par ailleurs, des délais judiciaires peuvent être accordés (articles L. 412-2 et suivants du code des procédures civiles d'exécution), dont la durée a également été augmentée (ou plus exactement revue pour revenir à leur niveau antérieur à 2009) dans une fourchette de trois mois à trois ans (plutôt que de un mois à un an, loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 précitée, article 27). Pour l'octroi de ces délais, il était déjà tenu compte de la difficulté de relogement de la personne expulsée (article L. 412-3 du code des procédures civiles d'exécution), et il est tenu compte également, depuis 2014, du « droit à un logement décent et indépendant » ou du « délai prévisible de relogement des intéressés ».

Relevons toutefois que l'article L. 412-1 du code des procédures civiles d'exécution, qui prévoyait la possibilité pour le juge de supprimer le délai de deux mois susmentionné lorsque les occupants étaient entrés par voie de fait, a été modifié, ledit délai n'étant plus applicable à ces personnes (loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique).

Ajoutons qu'il ne peut être procédé à l'évacuation forcée du logement qu'avec le concours de la force publique. Or, si le droit au logement ne peut être un motif de refus de concours de la force publique en soi (CE, 27 novembre 2002, n° 251898, publié au *Recueil Lebon* ; CE, 30 juin 2010, n° 332259, publié au *Recueil Lebon*), ce qu'a d'ailleurs retenu le Conseil constitutionnel, qui a invalidé une disposition qui subordonnait l'octroi du concours de la force publique au relogement des intéressés comme étant contraire au principe de séparation des pouvoirs (Cons. const., 29 juillet 1998, décision n° 98-403 DC, Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions), et que le concours peut être octroyé même si les personnes expulsées avaient été reconnues prioritaires par la commission départementale de médiation (CE, 11 février 2010, n° 329927, publié au *Recueil Lebon*), il a pu être considéré que l'absence de relogement pouvait être une composante du trouble à l'ordre public (CE 29 octobre 2003, n° 259361, publié au *Recueil Lebon* ; CE, 21 novembre 2002, n° 251726, publié au *Recueil Lebon*), l'expulsion ne pouvant dès lors pas avoir lieu.

La Cour de cassation n'a pas considéré, quant à elle, que le relogement effectif devait être une condition de la mise en œuvre de l'expulsion. Saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur les articles L. 613-1 à L. 613-3 du code de la construction et de l'habitation, devenus L. 412-2 et suivants du code des procédures civiles d'exécution,

invoquant le fait que le droit à un logement décent notamment n'était pas respecté dès lors qu'une personne peut être expulsée sans avoir la garantie de disposer d'une offre de relogement, la Cour a répondu, rappelant le droit de propriété du propriétaire des lieux, le droit au logement de l'occupant et les mesures de protection de l'habitation prévues par la loi, que la question ne présentait pas un caractère sérieux. Les garanties prévues par le législateur permettent d'assurer un juste équilibre (2e Civ., 13 mai 2015, pourvoi nº 14-25.812).

Il a également été jugé que la suppression possible de la trêve hivernale et du délai de deux mois en certains cas (article L. 412-6 du code des procédures civiles d'exécution, dans sa version alors en vigueur) ne mettait pas en péril cet équilibre (2e Civ., 19 janvier 2017, QPC nº 16-40.244).

Enfin, si l'occupant, menacé d'expulsion, est une personne surendettée, la protection est encore accrue.

Très récemment, le législateur a prévu une articulation entre les délais accordés par le juge lors du prononcé de l'expulsion et les mesures qui seront prises dans le cadre de la procédure de surendettement, ces dernières prévalant (article 24 de la loi nº 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi nº 86-1290 du 23 décembre 1986, dans sa version issue de la loi nº 2018-1021 du 23 novembre 2018 et article L. 714-1 du code de la consommation issu de cette loi).

Une fois l'expulsion prononcée, avant 2007, il n'était prévu qu'une possible suspension des procédures civiles d'exécution, en cas de plan de désendettement ou sur demande au juge, et il était jugé de façon constante que l'expulsion ne tendant pas au recouvrement d'une dette, n'était pas couverte par cette suspension (1re Civ., 30 mai 1995, pourvoi nº 93-04.189, *Bull.* 1995, I, nº 228 ; 1re Civ., 28 novembre 1995, pourvoi nº 94-04.017, *Bull.* 1995, I, nº 441 ; 3e Civ., 4 avril 2001, pourvoi nº 98-15.231 ; 1re Civ., 22 janvier 2002, pourvoi nº 99-16.752, *Bull.* 2002, I, nº 26). Puis, la loi nº 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, tenant compte du fait que « la perte du logement est souvent le premier maillon de la chaîne vers l'exclusion » (F. Barkat, « Le maintien dans le logement », *RDSS* 1999, p. 205), avait prévu que la saisine du juge à fin de rétablissement personnel suspendait automatiquement les procédures d'expulsion (article L. 331-3-1 du code de la consommation). Depuis la loi nº 2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, en sus des dispositions propres au rétablissement personnel, le jugement d'ouverture d'une telle procédure suspendant automatiquement les procédures d'expulsion (article L. 742-7 du code de la consommation), celles-ci peuvent l'être sur décision du juge, une fois la demande de surendettement déclarée recevable, « si la situation du débiteur l'exige » (article L. 331-3-2 devenu L. 722-6 du code de la consommation).

La protection du logement du débiteur est ainsi clairement prévue, même si l'expulsion n'est pas traitée comme toute mesure d'exécution, qui est suspendue automatiquement par l'effet de la décision de recevabilité de la demande de surendettement, et peut l'être même avant celle-ci.

Là encore, la jurisprudence donne « toute sa portée à la philosophie protectrice du débiteur qui anime le droit du surendettement » (S. Gjidara-Decaix, *Rev. Proc. Coll.* nº 3/18, com. 92).

En effet, un juge d'instance ayant accordé la suspension de la procédure d'expulsion sur le fondement de cet article avait subordonné celle-ci au paiement par le débiteur des indemnités d'occupation à sa charge. La cour d'appel avait infirmé cette décision en considérant que le juge avait ajouté une condition à la loi. La Cour de cassation répond, substituant ses motifs à ceux de la cour d'appel, que non seulement le texte ne le prévoit pas mais qu'il l'interdit en prévoyant comme critère la situation du seul débiteur (2e Civ., 19 octobre 2017, pourvoi nº 16-12.885, *Bull.* 2017, II, nº 203).

Une telle solution est *a priori* propre à la suspension dans le cadre du surendettement puisque les articles L. 412-3 et L. 412-4 du code des procédures civiles d'exécution prévoient un critère d'appréciation au regard de la situation du créancier et du débiteur. Néanmoins, il peut être remarqué, avec un auteur (N. Cayrol, *RDC* 2018, nº 4, p. 566), que l'augmentation de trois mois maximum du délai de deux mois suivant le commandement de quitter les lieux n'est possible qu'en raison de l'exceptionnelle dureté qu'aurait l'expulsion pour le débiteur (article L. 412-2 du code des procédures civiles d'exécution).

Une telle solution peut paraître défavorable au propriétaire, la suspension pouvant durer jusqu'à deux années, sans que le juge ne puisse moduler cette durée (2e Civ., 18 octobre 2018, pourvoi nº 17-19.831, publié au *Bulletin*).

C'est toutefois l'équilibre souhaité par le législateur et rappelons que la CEDH a déjà admis des moratoires prévus par le législateur sur les expulsions (même si elle conclut à une violation du droit de propriété dans l'application concrète au cas particulier du requérant, CEDH, arrêt du 28 septembre 1995, Scollo c. Italie, nº 19133/91).

Le nouvel équilibre instauré résulte là encore de la loi elle-même, qui prévoit un traitement « privilégié » des créances du bailleur (article L. 711-6 du code de la consommation).

C. L'articulation de la protection de la propriété et de la protection du droit au logement en droit pénal

Le juriste saisit d'emblée que les notions de droit de propriété, en particulier immobilière, et de droit au logement peuvent être antagonistes. Avoir la main sur un fonds à sa libre disposition, tant matérielle que juridique, peut heurter la volonté d'offrir un toit aux plus déshérités. Il faut y voir le résultat d'un enracinement du droit de propriété dans notre droit civil et celle d'un avènement beaucoup plus récent d'un droit au logement, dit, qui plus est, opposable. Autrement dit c'est bien de la conciliation de droits opposés qu'il va falloir parler ici.

Dans un écrit célèbre, le doyen Carbonnier énonçait que « Famille, propriété, contrat sont, de tradition, les trois piliers de l'ordre juridique » (J. Carbonnier, « Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur », Paris, *LGDJ*, 1969, 5e éd., 1983).

Il ajoutait à la suite ou presque que : « *Pour éprouver les pleines délices de son mariage avec les choses, l'individu a généralement besoin d'en exclure autrui* » (p. 165). Que trouver de plus illustratif pour notre sujet ?

Inchangé depuis 1804, l'article 544 du code civil énonce : « *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ».

Aux côtés de l'article L. 300-1 du code de la construction et de l'habitation déjà cité, l'article L. 345-2-2 du code de l'action sociale et des familles, encore modifié par la loi nº 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, dispose en son premier alinéa : « Toute personne sans abri en situation de détresse médicale, psychique ou sociale a accès, à tout moment, à un dispositif d'hébergement d'urgence ».

Soulignons toutefois que le droit au logement est apparu plus tôt dans notre ordre juridique, et qu'il s'agit, comme précédemment rappelé, d'un droit fondamental à valeur constitutionnelle découlant en filigrane du Préambule de la Constitution de 1946 aux termes duquel : « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement. Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs ». En tout état de cause, il s'est donc trouvé conforté par la loi nº 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion venue créer l'article L. 345-2-2 précité.

Pour poursuivre avec Carbonnier, il est possible de dire que la famille, la propriété et le contrat étaient les trois « *piliers* » du droit (*ibid.*) notamment parce qu'ils traduisent trois formes essentielles du lien social.

Peut-être datée historiquement et marquée par un siècle ponctué de deux conflits mondiaux mais aussi d'étapes d'une reconstruction porteuse de progrès, cette analyse semblait oublier le droit au logement, concept plus récent, bien souvent escorté du droit à une vie familiale normale. Notre sujet est donc en réalité celui de la rencontre du droit et du non-droit ou, si l'on préfère, de celle des titulaires d'un droit de propriété et de ceux qui n'en ont pas… (c'est encore de Carbonnier, p. 239, préc.).

La matière pénale a à connaître de la recherche de ce délicat équilibre entre protection de la propriété et protection du droit au logement.

Peuvent ainsi être citées diverses infractions, de soumission d'une personne vulnérable ou dépendante à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine (article 225-14 du code pénal), de mise à disposition d'un local impropre à l'habitation (article L. 1331-22 du code de la santé publique), de refus de relogement (articles L. 521-1 et L. 521-4 du code de la construction et de l'habitation), voire de mise en danger d'autrui (article 223-1 du code pénal).

Constitue, pour ne citer que cette infraction, le délit « l'hébergement incompatible avec la dignité humaine », le fait de louer, à titre onéreux, à une famille de trois personnes dont un enfant et une femme enceinte, un logement de 20 m² qui, contrevenant aux dispositions du règlement sanitaire départemental, présente une humidité et des conditions de chauffage mettant en péril la santé des occupants (Crim., 11 février 1998 pourvoi nº 96-84.997, *Bull. crim.* 1998, nº 53) ou le fait de loger trois travailleurs marocains en situation irrégulière, en échange de leur travail, « dans un espace exigu, confiné et bas de plafond, n'offrant ni confort ni intimité, et présentant une absence de ventilation ainsi qu'un défaut de protection des câbles électriques » (Crim., 22 juin 2016, pourvoi nº 14-80.041, *Bull. crim*. 2016, nº 195).

La caractérisation de l'infraction, notamment en son élément intentionnel, relève de l'appréciation des juges du fond (Crim., 12 octobre 2010, pourvoi nº 10-80.756), et la

chambre criminelle de la Cour de cassation approuve l'arrêt qui la retient, « *pour des logements [...] constitués d'un ancien poulailler, d'un ancien local poubelles et d'une ancienne buanderie, dans lesquels* étaient *hébergées des familles avec leurs enfants mineurs, qui présentaient des surfaces habitables inférieures aux normes en vigueur, un* éclairage *naturel insuffisant et* étaient *dépourvus d'isolation thermique, ou pour [un] logement [...], en sous*-sol*, partiellement enterré, occupé par une mère et ses trois enfants pour un loyer mensuel de 980 euros, présentant un* éclairage *naturel insuffisant et ne disposant pas d'ouvrant* à *l'air libre dans la salle de séjour et les chambres et de ventilation dans les pièces humides, et encore pour [un] logement situé* à *[...], correspondant* à *un ancien garage au sous*-*sol d'un pavillon et loué* à *une mère isolée avec quatre enfants mineurs pour un loyer de 910 euros, se caractérisant par une humidité importante, l'absence d'isolation thermique, une surface habitable pour la chambre inférieure aux normes en vigueur* » (Crim., 2 mai 2018, pourvoi n° 17-82.727).

Mais c'est surtout en droit pénal de l'urbanisme que la jurisprudence s'est développée ces dernières années.

La mise en conformité ou l'ordre de démolir ou celui de réaffecter le sol (article L. 480-5 du code l'urbanisme), qui bien que non qualifiés de peine (ex. : Crim., 28 juin 2016, pourvoi n° 15-84.968, *Bull. crim.* 2016, n° 202), sont sans doute et de loin les plus craints des prévenus. La nature de ces mesures justifie à elle seule la compétence du juge judiciaire, exclusive de celle des tribunaux administratifs ou du maire (CE, 28 juillet 1995, n° 126620 et n° 126621, inédit au *Recueil Lebon* ; voir également *supra* Contrôle de proportionnalité et mesures réelles en droit de l'urbanisme et de l'environnement).

La constitutionnalité de l'article L. 480-5 du code de l'urbanisme a fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité, que la chambre criminelle de la Cour de cassation a décidé de ne pas transmettre au Conseil constitutionnel, au motif qu'elle n'était pas sérieuse, dès lors que la rédaction des textes en cause est conforme aux principes de clarté, d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi pénale dont elle permet de déterminer le champ d'application sans porter atteinte au principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines (Crim., 18 octobre 2011, QPC n° 11-82.312).

La chambre criminelle de la Cour de cassation a par ailleurs jugé que la remise en état n'est pas en soi contraire aux dispositions de l'article 1er du protocole additionnel n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Crim., 30 juin 2009, pourvoi n° 08-88.022, *Bull. crim*. 2009, n° 141). On se référera aussi utilement aux arrêts de grande chambre Brosset-Triboulet c/France et Depalle c/France du 29 mars 2010, (CEDH, gde ch., arrêt du 29 mars 2010, Brosset-Triboulet et autres c. France, n° 34078/02 ; CEDH, gde ch., arrêt du 29 mars 2010, Depalle c. France, n° 34044/02), dans lesquels, notamment aux §§ 80 et suivants du premier, la Cour européenne des droits de l'homme fait le point de sa jurisprudence sur le même article garantissant le droit de propriété et la proportionnalité de l'atteinte à ce droit que peut comporter une mesure de remise en état des lieux impliquant la destruction de constructions irrégulièrement édifiées sur le domaine public maritime.

Alors que la Convention relative aux droits de l'enfant était à son tour invoquée, la chambre criminelle de la Cour de cassation a encore pu tout récemment approuver la cour d'appel, qui a considéré que l'ordre de démolir ne constituait pas une atteinte disproportionnée à la vie familiale et au domicile, non plus qu'aux droits fondamentaux des enfants

des familles concernées, par rapport aux impératifs d'intérêt général de la législation de l'urbanisme et de l'organisation de l'économie locale (Crim., 15 janvier 2019, pourvoi n° 18-81.294).

La chambre criminelle a en revanche cassé l'arrêt qui s'était abstenu de répondre aux conclusions du prévenu selon lesquelles une démolition porterait une atteinte disproportionnée au droit au respect de sa vie privée et familiale et à son domicile, en ce qu'elle viserait la maison d'habitation dans laquelle il vivait avec sa femme et ses deux enfants, et que la famille ne disposait pas d'un autre lieu de résidence malgré une demande de relogement (Crim., 31 janvier 2017, pourvoi n° 16-82.945, *Bull. crim.* 2017, n° 26), ce qui contraint les juges à répondre à de tels moyens.

Sous réserve que la violation alléguée ait été évoquée devant la cour d'appel, faute de quoi, le moyen pris de la violation du droit à la vie privée et familiale, qui est nouveau, et partant mélangé de fait et de droit, est irrecevable (Crim., 16 février 2016, pourvoi n° 15-82.732, *Bull. crim.*, n° 48 ; *JCP* 2016, II, 401, note J.-H. Robert), la jurisprudence paraît désormais assise et il a été jugé que : « dès lors que la disproportion manifeste entre l'atteinte à la vie privée et familiale et au domicile par rapport aux impératifs d'intérêt général des législations urbanistique et environnementale qui résulterait de la démolition, ne saurait être utilement invoquée quand la construction litigieuse est située en zone inondable avec fort aléa » (Crim., 16 janvier 2018, pourvoi n° 17-81.884, *Bull. crim*. 2018, n° 15). En réalité, c'est bien ici le droit à la vie, des occupants comme des sauveteurs éventuels en cas d'inondation, qui prime sur celui du droit à une vie familiale normale ou au logement.

Il est donc possible d'affirmer que, depuis l'arrêt rendu le 30 mai 2018 (Crim., 30 mai 2018, pourvoi n° 16-87.182, confirmé par l'arrêt : Crim., 26 juin 2018, pourvoi n° 17-86.234) la chambre criminelle de la Cour de cassation fixe de manière très pédagogique les règles applicables en énonçant successivement :

– qu'il n'appartient pas aux juges de faire d'investigations sur les moyens de protection de la vie privée et familiale, sauf si le(s) prévenu(s) font état de manière circonstanciée de leur situation, sans pouvoir apporter des preuves par eux-mêmes ;

– que la disproportion entre vie familiale et démolition peut trouver une issue dans un différé de la date d'effet de l'ordre de démolir ;

– que les impératifs d'intérêt général de la législation urbanistique l'emportent sur les droits fondamentaux lorsqu'ils incluent des impératifs supplémentaires de droit de l'environnement, de protection de la santé ou de la sécurité des personnes.

Un peu comme si, pour paraphraser une dernière fois Carbonnier (*Flexible Droit, op. cit.*, p. 153), ces différentes jurisprudences ne faisaient que traduire l'angoisse des hommes qui se sentent confusément emportés dans le devenir de l'humanité.

Section 2. Puissance de la propriété et articulation avec la préservation du « patrimoine de dignité »

La protection de la personne prend parfois une voie plus détournée que l'articulation d'un droit de propriété et du respect de droits fondementaux, à savoir la protection d'un patrimoine de dignité, mis en retrait des saisies ou d'aliénations hâtives. Dans cette di-

rection et de façon générale, le logement familial est l'objet d'un régime spécial (§ I). On trouve également des applications spécifiques de cette idée en droit des procédures collectives, où il faut composer avec des droits sur le logement devenus insaisissables (§ II) ou lorsque des mesures d'exécution sont mises en œuvre (§ III). Le logement fait encore l'objet d'un traitement spécifique en cas d'ouverture d'une procédure de surendettement (§ IV).

§ I. Puissance de la propriété et régime spécial du logement familial

Assurer le maintien de la famille dans son lieu de vie, en dépit des crises qu'elle pourrait traverser, constitue l'une des préoccupations majeures du législateur contemporain. Au cours de la vie conjugale, la protection du logement familial est accentuée et peut aller jusqu'à porter atteinte au droit de propriété.

C'est ainsi qu'aux termes de l'article 215, alinéa 3, du code civil, issu de la loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, « les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille ».

Pendant des deux premiers alinéas du même texte, qui visent l'obligation de communauté de vie entre époux et le choix d'une résidence de la famille d'un commun accord, il fixe, à peine de nullité relative encadrée par une courte prescription, une règle de codécision : pour disposer des droits sur le logement de la famille, un époux doit obligatoirement obtenir le consentement de l'autre.

Il s'agit d'une règle du régime primaire impératif, qui concerne donc tout régime matrimonial, quelle que soit la nature du bien servant de logement familial. Il en résulte que, lorsque l'un ou les deux époux sont propriétaires de l'immeuble, son application vient contrecarrer les règles des régimes matrimoniaux : elle fait exception, en régime de séparation de biens, au principe selon lequel chacun des époux conserve la plénitude de ses pouvoirs de propriétaire sur l'ensemble de ses biens (article 1536 du code civil) et, en régime de communauté, au principe selon lequel chaque époux a l'administration et la jouissance de ses propres et peut en disposer librement (article 1428 du code civil).

Au regard de son caractère dérogatoire au droit commun, la détermination de son champ d'application est une question importante, dont la réponse est apportée au cas par cas par la jurisprudence. Celle-ci ayant été enrichie récemment par trois arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation, c'est cette actualité qui retiendra notre attention.

Sur l'objet de la protection, il peut être rappelé que la notion de logement familial est une notion de fait laissée, en cas de difficulté, à l'appréciation souveraine des juges du fond.

Si la conception des droits par lesquels est assuré le logement de la famille est large (droit de propriété, droit au bail, droit d'usufruit… « droits de toute nature », énonce la Cour de cassation : 1re Civ., 20 janvier 2004, pourvoi n° 02-12.130, *Bull.* 2004, I, n° 21, sur un simple droit d'usage), encore faut-il que leur existence soit caractérisée. C'est ainsi qu'en présence d'une société civile immobilière, propriétaire de l'appartement, dont l'un des époux au moins est associé, la Cour de cassation a précisé que l'article 215, alinéa 3,

ne peut s'appliquer qu'à condition que celui-ci soit autorisé à occuper le bien en raison d'un droit d'associé ou d'une décision prise à l'unanimité des associés dans les conditions prévues aux articles 1853 et 1854 du code civil (1re Civ., 14 mars 2018, pourvoi nº 17-16.482, publié au *Bulletin*, à rapprocher de 1re Civ., 11 mars 1986, pourvoi nº 84-12.489, *Bull.* 1986, I, nº 62, dont il constitue une application *a contrario* – S. Torricelli-Chrifi, « La protection du logement familial et l'écran de la SCI », *Droit de la famille*, juin 2018, nº 6, comm. 152 ; D. Sadi, *Recueil Dalloz* 2018, p. 1428 ; *AJ Famille 2018*, p. 300, note Jérôme Casey). Dans cette affaire, une société civile immobilière avait été constituée avec un capital social de cent parts, dont quatre-vingt-dix-neuf détenues par l'époux et une par son épouse, et avait acquis un appartement, occupé par le couple et ses enfants. L'époux, gérant de la SCI, autorisé par l'assemblée générale des associés de celle-ci, avait vendu l'appartement sans que le consentement de son épouse ait été recueilli. Après avoir engagé une procédure de divorce, l'épouse avait assigné la SCI, le notaire, l'acquéreur et sa banque en annulation de la vente et du bail d'habitation meublé concomitant consenti par ce dernier, en invoquant la protection de l'article 215, alinéa 3, du code civil. La Cour de cassation a approuvé la cour d'appel d'avoir rejeté ses demandes, dès lors qu'elle avait constaté qu'il n'était justifié d'aucun bail, droit d'habitation ou convention de mise à disposition de l'appartement litigieux par la SCI au profit de ses associés. La doctrine relève qu'en pareil cas, les époux souhaitant bénéficier de la protection du logement familial doivent veiller à se constituer un droit au moment de la rédaction des statuts.

Sur la nature des actes soumis à la cogestion, l'interprétation est également *a priori* extensive, pourvu que ceux-ci aient « pour effet de nier la destination normale du logement familial » (B. Beigner, *Droit de la famille*, 2001, nº 2). Aux aliénations volontaires (par opposition aux ventes forcées ; *cf.* 1re Civ., 4 juillet 1978, pourvoi nº 76-15.253, *Bull.* 1978, I, nº 256 : « ces dispositions doivent, hors le cas de fraude, être considérées comme inopposables aux créanciers sous peine de frapper les biens d'une insaisissabilité contraire à la loi »), la Cour de cassation a par exemple ajouté le bail à un tiers (1re Civ., 16 mai 2000, pourvoi nº 98-13.441, *Bull.* 2000, I, nº 144), et même, la résiliation du contrat d'assurance garantissant le logement familial (1re Civ., 14 novembre 2006, pourvoi nº 05-19.402, *Bull.* 2006, I, nº 482 ; jurisprudence constante : 2e Civ., 10 mars 2004, pourvoi nº 02-20.275, *Bull.* 2004, II, nº 100).

S'agissant du partage, la position de la Cour de cassation est nuancée. Elle a certes jugé que, « nonobstant les dispositions de l'article 215, alinéa 3, du code civil, les époux conservent le droit de demander le partage de biens indivis servant au logement de la famille » (1re Civ., 4 juillet 1978, pourvoi nº 76-15.253, précité), mais dans une espèce où il s'agissait de fonder l'action oblique des créanciers. Elle a également jugé que « les dispositions de l'article 215, alinéa 3, du code civil ne font pas obstacle au partage des biens indivis » (1re Civ., 19 octobre 2004, pourvoi nº 02-13.671), mais en prenant soin de préciser « dès lors que sont préservés les droits sur le logement de la famille ». Craignant que cette solution puisse aboutir « à priver de support le logement de la famille » des auteurs (F. Terré et P. Simler, *Droit civil*, « Les régimes matrimoniaux », *Dalloz*, 7e éd., 2015, nº 67) ont préconisé, à titre de garantie et par exemple, l'« insertion au cahier des charges de l'obligation pour l'adjudicataire de respecter le droit d'usage et d'habitation de l'autre époux ». En réalité, cette jurisprudence peut être lue *a contrario*. En jugeant, dans une espèce où l'un des époux avait été placé en liquidation judiciaire, que l'article 215, alinéa 3, du code civil était « applicable à une demande en partage d'un bien indivis par

lequel est assuré le logement de la famille fondée sur l'article 815 du code civil », de sorte que violait ce texte la cour d'appel qui refusait d'en faire application à la demande du liquidateur agissant, sur ce fondement, aux lieu et place de l'époux débiteur dessaisi en vertu de l'article L. 641-9, I, du code de commerce, bien qu'ayant constaté que l'immeuble en indivision dont il était demandé le partage et la licitation en un seul lot constituait le logement de la famille (1re Civ., 3 avril 2019, pourvoi nº 18-15.177, publié au *Bulletin*), la Cour de cassation s'est située dans la droite ligne de cette jurisprudence. À noter que la solution aurait été inverse si le liquidateur avait agi aux mêmes fins, mais en tant que représentant des créanciers, sur le fondement de l'article 817-17, alinéa 3, du code civil (1re Civ., 21 mai 1997, pourvoi nº 95-14.102, *Bull*. 1997, I, nº 163).

Sur la période couverte par la protection, la Cour de cassation veille à ce que celle-ci puisse jouer tant que le lien matrimonial n'est pas dissous par divorce (1re Civ., 26 janvier 2011, pourvoi nº 09-13.138, *Bull*. 2011, I, nº 17 : « *le logement de la famille ne perd pas cette qualité lorsque sa jouissance a* été *attribuée,* à *titre provisoire,* à *l'un des* époux *pour la durée de l'instance en divorce* »).

Lorsque la dissolution tient au décès d'un époux, elle juge que « *l'article 215, alinéa 3, du code civil qui protège le logement de la famille pendant le mariage ne porte pas atteinte au droit qu'à chaque conjoint de disposer de ses biens* à *cause de mort* » (1re Civ., 22 octobre 1974, pourvoi nº 73-12.402, *Bull*. 1974, I, nº 274). Cette jurisprudence a été critiquée comme étant contraire à la lettre du texte, qui ne distingue pas selon que l'acte de disposition est ou non entre vifs, et à l'idée que les droits et obligations nés du mariage n'épuisent par leurs effets à la mort d'un époux, la famille ne disparaissant pas. Mais, justifiée par la liberté de tester, le caractère révocable du testament, qui ne prend effet qu'après le décès, et l'impossibilité de créer par ce biais une sorte de réserve héréditaire, ses conséquences ont été relativisées par la loi du 3 décembre 2001, qui a stabilisé la situation du conjoint survivant en créant, notamment, à son profit, lorsqu'il occupe effectivement, à titre d'habitation principale, un logement appartenant aux époux ou dépendant totalement de la succession, un droit au logement temporaire, réputé effet du mariage, dont il est impossible de le priver (l'article 763 du code civil prévoit qu'il est d'ordre public).

La Cour de cassation a eu dernièrement à trancher la question de savoir si l'on devait aussi considérer qu'un acte d'aliénation entre vifs ayant pour effet de priver le conjoint survivant de la jouissance du logement familial échappait à la protection de l'article 215, alinéa 3 (1re Civ., 22 mai 2019, pourvoi nº 18-16.666, publié au *Bulletin*), dans une affaire où, dans un contexte de crise conjugale, l'époux propriétaire avait donné à ses fils, issus d'une précédente union, la nue-propriété de son bien, avec réserve d'usufruit à son seul profit, sans solliciter le consentement de son épouse. Après son décès, survenu moins d'un an plus tard, celle-ci avait obtenu des juges du fond l'annulation de l'acte de la donation, sur le fondement de l'article 215, alinéa 3.

Si la doctrine reconnaissait que l'aliénation du logement familial par l'époux propriétaire n'est pas subordonnée au consentement du conjoint lorsqu'une réserve d'usufruit est stipulée au profit de lui-même et, le cas échéant, de son conjoint survivant, la persistance du droit d'usage permettant de considérer que l'exigence légale est respectée (F. Terré et P. Simler, ouvrage précité, nº 61 et s., à propos du jugement du tribunal de grande instance de Paris du 16 décembre 1970, *D*. 1971, somm. 61), elle était partagée lorsque la réserve est stipulée au profit du seul époux vendeur ou donateur (pour l'application, conforme à la lettre du texte et à l'idée que la famille se poursuit en la personne du conjoint

survivant, *cf.* notamment G. Widerkehr, *JCP* 1993, éd. N, II, note p. 109 ; G. Champenois, *Defrénois* 1992, art. 35349-116, p. 1156, obs. ; *contra*, considérant qu'au regard de son caractère dérogatoire du droit commun, la protection ne couvre que la période du mariage *stricto sensu* : F. Lucet et B. Vareilles, *RTDC* 1993, p. 636 ; B. Vareilles *Dalloz*, « Action droit patrimonial de la famille », sous la direction de M. Grimaldi, 6e éd., no 113.25). La portée d'un précédent (1re Civ., 16 juin 1992, pourvoi no 89-17.305, *Bull.* 1992, I, no 185) était estimée incertaine, la fraude ayant été relevée.

La Cour de cassation a tranché en faveur de la seconde position, en affirmant que la règle posée par l'article 215, alinéa 3, dont elle a rappelé qu'elle procède de l'obligation de communauté de vie des époux, ne protège le logement familial que pendant le mariage, ce qui l'a conduite à casser l'arrêt qui avait annulé, sur son fondement, la donation litigieuse, celle-ci n'ayant pas porté atteinte à l'usage et à la jouissance du logement familial par l'épouse pendant le mariage.

§ II. Puissance de la propriété et insaisissabilité du logement dans le droit des procédures collectives

En droit commercial, le respect du droit au logement passe par la protection pour l'entrepreneur individuel du droit de propriété qu'il exerce sur sa résidence principale. Il faut rappeler que le principe de l'unité du patrimoine a pour conséquence que, lorsque le chef d'entreprise n'a pas choisi d'exploiter par l'intermédiaire d'une société, dotée de la personnalité morale, le gage général de ses créanciers, tant professionnels que personnels est constitué de tout son actif, tant professionnel que personnel. Ainsi son logement, s'il en est propriétaire, entre dans ce gage. Lorsque l'entrepreneur est en procédure collective, tout l'actif, y compris son logement, entre dans le gage commun des créanciers. C'est la raison pour laquelle le législateur, dans un premier temps (loi no 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique) a permis à l'entrepreneur individuel de déclarer insaisissable par acte notarié les droits réels sur l'immeuble dans lequel il a fixé sa résidence principale. Le domaine de la déclaration d'insaisissabilité a ensuite été élargi (loi no 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie) aux droits sur tous les biens fonciers non affectés à l'usage professionnel. Depuis la loi no 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, les droits sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale sont de plein droit insaisissables. Dans toutes les situations, l'insaisissabilité de l'immeuble n'est opposable qu'à une catégorie de créanciers : les créanciers antérieurs à la publication de la déclaration ou à l'entrée en vigueur de la loi de 2015 et les créanciers dont les droits ne naissent pas à l'occasion de l'activité professionnelle de l'entrepreneur.

La difficulté réelle de l'application de ce texte naît lorsque l'entrepreneur individuel se trouve en procédure collective, puisque, dans ce cas, les créanciers antérieurs, quelle que soit la nature de leur créance (professionnelle ou non), voient, tous, leur droit au paiement interdit (article L. 622-7 du code de commerce), leur droit de poursuite individuelle arrêté (article L. 622-21 du code de commerce), leur seule possibilité étant de déclarer leur créance au passif de la procédure (article L. 622-24 du code de commerce). La question est donc de savoir quel est le sort de l'immeuble insaisissable dans la procédure collective. Il faut avant tout remarquer que la loi n'a pas prévu de régime particulier en cas de procédure collective de l'entrepreneur propriétaire. C'est la jurisprudence, au gré des pourvois, qui a fixé progressivement le sort de l'immeuble et des créanciers du propriétaire. La chambre

commerciale de la Cour de cassation, par un arrêt de principe (Com., 28 juin 2011, pourvoi nº 10-15.482, *Bull.* 2011, IV, nº 109), retient que le liquidateur, qui représente tous les créanciers, ne peut réaliser l'immeuble, y compris en faveur des seuls créanciers auxquels l'insaisissabilité est inopposable. Il en résulte que le juge-commissaire qui ordonne la vente de l'immeuble commet un excès de pouvoir (même arrêt, Com., 24 mars 2015, pourvoi nº 14-10.175, *Bull.* 2015, IV, nº 56 ; Com., 30 juin 2015, pourvoi nº 14-14.757 ; Com., 22 mars 2016, pourvoi nº 14-21.267). Il en a été déduit que l'immeuble n'entre pas dans le gage commun des créanciers. La solution a eu pour premier effet d'interdire au liquidateur, en tout état de cause, de réaliser l'immeuble insaisissable. Il lui a également été interdit de demander le partage de l'immeuble indivis sur le fondement de l'article 815 du code civil (Com., 14 mars 2018, pourvoi nº 16-27.302, publié au *Bulletin*).

La seule issue qui s'offre au liquidateur est de faire entrer à nouveau l'immeuble dans le gage commun des créanciers en faisant déclarer inopposable à la procédure la déclaration d'insaisissabilité au motif qu'elle n'a pas été régulièrement publiée (Com., 15 novembre 2016, pourvoi nº 14-26.287, *Bull.* 2016, IV, nº 142 revirement de jurisprudence après un arrêt – Com., 13 mars 2012, pourvoi nº 11-15.438, *Bull.* 2012, IV, nº 53 – qui avait décidé que le liquidateur n'avait pas qualité à contester la régularité de la publicité). Il peut également demander l'annulation de la déclaration, faite pendant la période suspecte ou dans les six mois qui précèdent (articles L. 632-1, I, 12º et L. 632-1, II, introduits par l'ordonnance nº 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives).

Quant aux créanciers auxquels l'insaisissabilité est inopposable, c'est-à-dire les créanciers dont les droits ne sont pas nés de l'activité économique (communément nommé les créanciers domestiques), ou dans le cas contraire dont les droits sont nés avant la publication de la déclaration d'insaisissabilité ou avant l'entrée en vigueur de la loi nº 2015-990 du 6 août 2015 précitée, ils conservent leur droit de gage sur l'immeuble, hors procédure collective. La chambre commerciale de la Cour de cassation en a déduit, d'une part, que, s'il est détenteur d'un titre exécutoire obtenu avant l'ouverture de la procédure collective (prêt notarié par exemple), le créancier peut faire valoir ce titre aux fins de saisie de l'immeuble, indépendamment de la procédure collective (Com., 5 avril 2016, pourvoi nº 14-24.640, *Bull.* 2016, IV, nº 56). S'il n'est pas détenteur d'un tel titre, il doit être mis en mesure, indépendamment de ses droits dans la procédure collective de son débiteur, d'exercer le droit de poursuite dont il bénéficie sur cet immeuble en obtenant un titre exécutoire par une action contre le débiteur tendant à voir constater l'existence, le montant et l'exigibilité de sa créance (Com., 13 septembre 2017, pourvoi nº 16-10.206, *Bull.* 2017, IV, nº 110).

L'absence d'un régime juridique légal de l'immeuble insaisissable dans la procédure collective a pour conséquence de ne pas protéger l'entrepreneur individuel comme les lois successives en avaient le projet.

§ III. Puissance de la propriété et régime spécial du logement face à la mise en œuvre de mesures d'exécution

L'« habitation » est particulièrement protégée dans la mise en œuvre des mesures d'exécution.

Ainsi, l'huissier de justice ne peut procéder à une mesure d'exécution, de manière générale, un dimanche ou un jour férié pas plus qu'avant 6 heures ou 21 heures. Il est toutefois prévu une possibilité de déroger à ces horaires, sauf pour les « lieux servant à l'habitation » (article L. 141-1 du code des procédures civiles d'exécution). Si, par ailleurs, en l'absence de la personne occupant un local ou si elle en refuse l'accès, l'huissier de justice peut y pénétrer à condition d'être accompagné des personnes mentionnées à l'article L. 142-2 du code des procédures civiles d'exécution, il faut en outre un commandement préalable lorsqu'il s'agit d'une habitation (L. 142-3 du même code).

Une autorisation judiciaire est d'ailleurs nécessaire s'il s'agit de recouvrer une créance en un lieu qui n'est pas l'habitation du débiteur mais d'un tiers (article L. 221-1 pour la saisie-vente et L. 222-1 pour la saisie-appréhension), ou s'il s'agit pour le créancier de recouvrer une « petite créance », c'est-à-dire inférieure à 535 euros.

L'article L. 221-2 du code des procédures civiles d'exécution prévoit ici un principe de subsidiarité. Le créancier doit avoir d'abord tenté des mesures moins intrusives.

La notion d'habitation, dans ce dernier cas, a été entendue au sens large : il s'agit de la résidence principale ou secondaire (2e Civ., 18 juin 2009, pourvoi nº 08-18.379, *Bull.* 2009, II, nº 169).

Tout lieu où le débiteur peut vivre est spécialement protégé.

Et on retrouve cette notion en matière d'expulsion.

Antérieurement à la loi nº 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, la protection spécifique du logement prévue par les articles L. 412-1, L. 412-2, L. 412-5, L. 412-6, R. 412-1 et R. 412-2 du code des procédures civiles d'exécution s'appliquait aux « locaux affectés à l'habitation principale de la partie expulsée ou de tout occupant de son chef ». N'était protégée ici que l'habitation effective de la personne occupante des lieux (2e Civ., 23 juin 2011, pourvoi nº 10-18.551, *Bull.* 2011, II, nº 143 ; 3e Civ., 27 mai 1998, pourvoi nº 96-17.437). La jurisprudence tendait à considérer que la caravane n'est pas une habitation au sens de ces textes, dans la mesure où elle peut être déplacée sans porter atteinte au logement des intéressés (2e Civ., 23 novembre 2000, pourvoi nº 99-14.216 ; 2e Civ., 4 juillet 2007, pourvoi nº 06-19.864).

Depuis la loi du 27 janvier 2017, ces articles ont été modifiés, les termes « locaux affectés à l'habitation principale » étant remplacés par ceux de « lieu habité ». L'objectif du législateur était de protéger tout « type d'habitat », notamment celui des gens du voyage, rappelant la jurisprudence de la CEDH protégeant à titre de domicile l'établissement d'un campement sur un terrain (CEDH, arrêt du 17 octobre 2013, Winterstein et autres c. France, nº 27013/07). Dès lors, le législateur semble souhaiter remettre en question la jurisprudence interne rendue en la matière. Néanmoins, la suppression de la notion d'habitation « principale » étend également le champ de cette protection, qui pourrait désormais bénéficier à l'expulsion d'un lieu simplement habité de manière temporaire ou secondaire alors que les occupants ont leur habitation principale ailleurs, ce qui dépasse la protection du simple domicile.

La jurisprudence devra déterminer les contours de cette nouvelle notion.

§ IV. Puissance de la propriété et limites liées à la lutte contre l'exclusion sociale dans les procédures de surendettement

Puisant sa justification dans la sauvegarde des individus de l'exclusion sociale à laquelle la ruine, parfois irréversible, est de nature à les conduire, eux et leur famille, le droit du surendettement des particuliers sacrifie à l'objectif de désendetter les débiteurs l'impératif juridique d'honorer ses obligations dont l'article 2284 du code civil condense l'expression : « *Quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et* à *venir*. » (V. Vigneau, G.-X. Bourin, C. Cardini, *Droit du surendettement des particuliers*, LexisNexis, 2e édition, 2012, nos 21 et 25).

Les mesures de désendettement susceptibles d'être adoptées (rééchelonnement, effacement total ou partiel des dettes, etc) sont donc de nature à porter atteinte aux droits de créance qui constituent des biens au sens de l'article 1er du premier protocole additionnel de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme.

Pour parvenir au désendettement des particuliers, la loi investit la commission et le juge de prérogatives exorbitantes du droit commun, comme celle d'effacer les dettes du débiteur. Mais l'effacement des dettes, côté débiteur, correspond, côté créancier, à l'effacement des créances. Les créanciers accusent ainsi une perte. Leur espoir d'un paiement, fût-il partiel ou différé, s'évanouit. Cette perte peut être plus ou moins brutalement ressentie, selon la nature de la créance ou la situation de fortune du créancier (V. Vigneau, G.-X. Bourin, C. Cardini, *op. cit*., no 25).

La nécessaire conciliation entre ces « intérêts antagonistes » (V. Vigneau, G.-X. Bourin, C. Cardini, *op. cit*., no 25) se manifeste en jurisprudence, d'un côté, par la reconnaissance de la constitutionnalité du dispositif sur le surendettement, en particulier en ce qui concerne les mesures d'effacement des créances (A), et, de l'autre, par la limitation des effets juridiques découlant de cet effacement, notamment à l'égard des clauses de réserve de propriété (B).

A. L'articulation de l'atteinte à la propriété et de l'« objectif d'intérêt général de lutte contre la précarité et l'exclusion sociale »

Si les créances bénéficient d'une double protection, à la fois conventionnelle et constitutionnelle, cette protection suit, selon la norme considérée, des chemins différents.

S'appuyant sur une analyse autonome de la notion de « biens » (CEDH, arrêt du 23 février 1995, Gasus Dosier und Fördertechnik GmbH c. Pays-Bas, no 15375/89, § 53 ; CEDH, arrêt du 5 janvier 2000, Beyeler c. Italie, no 33202/96, § 100), la Cour européenne des droits de l'homme retient qu'une créance peut constituer un « bien » au sens de l'article 1er du protocole no 1 (cet article dispose dans son premier alinéa que que « toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international ») si elle est suffisamment établie pour être exigible (CEDH, arrêt du 9 décembre 1994, Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce, no 13427/87, § 59 ; CEDH, arrêt du 4 septembre 2002, Bourdov c.

Russie, nº 59498/00) ou si son titulaire peut prétendre avoir au moins une « espérance légitime » d'obtenir la jouissance effective d'un certain droit de nature patrimoniale (CEDH, arrêt du 9 juillet 2015, Tchokontio Happi c. France, nº 65829/12, § 58. voir également, CEDH, arrêt du 20 novembre 1995, Pressos compania naviera et autres c. Belgique, nº 17849/91, § 31 ; CEDH, arrêt du 28 septembre 2004, Kopecký c. Slovaquie, nº 44912/98, § 35).

En matière constitutionnelle, la protection du droit de propriété repose sur l'existence de « deux voies de droit » (Claire Bazy-Malaurie, « L'apport de la QPC à la protection de la propriété », *Justice et cassation*, 2015, p. 57) fondées respectivement sur les articles 2 (« Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ») et 17 (« La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ») de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 selon que l'atteinte entraîne ou pas une privation du droit de propriété (B. Mathieu, A.-L. Cassard-Valembois, *JurisClasseur* administratif, fasc. 1449, droit constitutionnel civil et des affaires, 30 juillet 2017, mise à jour du 2 avril 2019, nº 107 et s., C. Bazy-Malaurie, art. préc.), le Conseil constitutionnel énonçant qu'« en l'absence de privation du droit de propriété au sens de l'article 17, il résulte néanmoins de l'article 2 que les atteintes portées à ce droit doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi » (voir, à titre d'illustration, dans la jurisprudence récente : Cons. const., 19 octobre 2018, décision nº 2018-740 QPC, Mme Simone P. et autre [Modification des documents d'un lotissement], § 4 ; Cons. const., 8 décembre 2016, décision nº 2016-741 DC, Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, § 53 ; Cons. const., 17 novembre 2016, nº 2016-739 DC, Loi de modernisation de la justice du XXI siècle, § 73, Cons. const., 2 février 2016, nº 2015-518 QPC, Association Avenir Haute Durance et autres [Traversée des propriétés privées par les ouvrages de transport et de distribution d'électricité], § 13).

Le Conseil constitutionnel a étendu le champ du droit de propriété, constitutionnellement protégé, aux créances dans une décision du 10 juin 2010 (Cons. const., 10 juin 2010, nº 2010-607 DC, Loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, S. Mouton, « La modernisation du droit constitutionnel de propriété : à propos de la constitutionnalisation du droit de propriété des créanciers », *D.* 2010, p. 2553, T. Revet, « La consécration de la propriété des créances par le Conseil constitutionnel », *RTD Civ.* 2010, p. 584). Saisi de la question de la conformité de la loi nº 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, le Conseil a décidé que, sous réserve que les créanciers de l'entrepreneur soient personnellement informés de la déclaration d'affectation et de leur droit de former opposition, le deuxième alinéa de l'article L. 526-12 du code de commerce « ne port [ait] pas atteinte aux conditions d'exercice du droit de propriété des créanciers garanti par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ».

Cela étant, le Conseil constitutionnel ne se réfère pas ici à la notion de « bien ». Un auteur indique à ce sujet qu'« […] il est inexact d'affirmer que le Conseil a, à l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme, qualifié les créances de biens. Il ne paraît d'ailleurs pas envisageable pour le Conseil constitutionnel de traiter constitutionnellement les créances comme des éléments du droit de propriété au sens de l'article 17 de la Dé-

claration de 1789. Il en résulterait en effet une obligation constitutionnelle faite à l'État de garantir le recouvrement des créances et d'indemniser les créanciers en cas d'effacement des créances […] » (J.-F. de Montgolfier, « Le Conseil constitutionnel et la propriété privée des personnes privées », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 31, avril 2011), ce qui a pu conduire à voir dans cette décision une reconnaissance « limitée » du droit de propriété des créances (V. Mazeaud, « Droit réel, propriété et créance dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RTD Civ.* 2014, p. 29, spéc. n° 9, B. Mathieu, A.-L. Cassard-Valembois, *op. cit.*, n° 116).

Saisie par un débiteur d'une demande de traitement de sa situation financière, une commission de surendettement avait orienté son dossier vers une procédure de rétablissement personnel sans liquidation judiciaire, laquelle entraîne l'effacement, sauf certaines exceptions, de toutes les dettes non professionnelles du débiteur (article L. 741-2 du code de la consommation).

Le juge d'instance devant lequel une contestation avait été formée avait transmis à la Cour de cassation une question prioritaire de constitutionnalité ainsi rédigée : « les articles L. 330-1, alinéas 3 et 4, L. 332-5 et L. 332-5-1 du code de la consommation portent-ils atteinte aux droits et libertés garantis par les articles 6, 16 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ? ».

Aux termes d'un arrêt rendu le 19 décembre 2013 (2e Civ., 19 décembre 2013, pourvoi n° 13-40.065), la Cour de cassation a dit n'y avoir lieu de renvoyer la question au Conseil constitutionnel aux motifs que celle-ci « ne présent [ait] pas un caractère sérieux en ce que la procédure de rétablissement personnel sans liquidation judiciaire, qui emporte l'effacement des dettes, n'a ni pour objet ni pour effet d'entraîner la privation du droit de propriété du créancier au sens de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, que ces mesures qui limitent ou font obstacle au recouvrement des créances par leurs titulaires portent atteinte aux conditions d'exercice du droit de propriété, qu'il est admis que le législateur peut limiter les conditions d'exercice de ce droit pour des motifs d'intérêt général, qu'en l'espèce, le dispositif critiqué répond à un objectif d'intérêt général de lutte contre la précarité et l'exclusion sociale en permettant le traitement de la situation de surendettement des débiteurs en grande précarité dont la situation, irrémédiablement compromise, rend impossible l'apurement du passif par l'adoption d'autres mesures, que le prononcé de la mesure, qui présente un caractère subsidiaire lui ôtant tout caractère d'automaticité, est entouré de garanties de procédure et de fond permettant au créancier de la contester pour la préservation de ses droits, que l'atteinte ainsi portée est proportionnée à cet objectif ».

Par ailleurs, la législation sur le surendettement, née avec la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, est marquée par l'accroissement, au fil des réformes successives, des prérogatives de la commission de surendettement et une réduction corrélative du champ d'intervention du juge.

S'inscrivant dans la ligne de cette évolution, la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle a supprimé l'homologation judiciaire destinée à conférer force exécutoire aux mesures recommandées par la commission de surendettement, celle-ci pouvant désormais imposer, notamment, un effacement partiel des créances prévu à l'article L. 733-4, 2°, du code de la consommation ou un rétablissement

personnel sans liquidation judiciaire en application de l'article L. 741-1 du même code (L. Raschel, « Justice du XXI[e] siècle : présentation des dispositions relatives au surendettement », *Procédures*, n[o] 2, février 2017, étude 16 ; S. Piedelièvre, « Droit du surendettement dans la loi de modernisation de la justice du XXI[e] siècle. Loi n[o] 2016-1547 du 18 novembre 2016 », *JCP* éd. G, n[o] 49, 5 décembre 2016, doctr. 1329).

Les sénateurs ayant déféré la loi au Conseil constitutionnel soutenaient notamment que les articles L. 733-4, L. 741-1 et L. 741-2 modifiés du code de la consommation, en ce qu'ils permettaient à la commission de surendettement de porter atteinte au droit de propriété des créanciers, méconnaissaient la protection constitutionnelle de ce droit.

Après avoir rappelé, selon la formule consacrée, qu'« en l'absence de privation du droit de propriété au sens de l'article 17, il résulte néanmoins de l'article 2 que les atteintes portées à ce droit doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi », le Conseil constitutionnel a retenu que « les dispositions contestées, en ce qu'elles prévoient la possibilité pour la commission de surendettement d'imposer le rééchelonnement d'une créance et son effacement partiel ou total, portent atteinte au droit de propriété des titulaires de ces créances » (Cons. const., 17 novembre 2016, décision n[o] 2016-739 DC, Loi de modernisation de la justice du XXI[e] siècle, § 74).

Néanmoins, il a indiqué qu'« en adoptant ces dispositions, le législateur a poursuivi un motif d'intérêt général de règlement des situations de surendettement » (Cons. const., 17 novembre 2016, décision n[o] 2016-739 DC, Loi de modernisation de la justice du XXI[e] siècle, § 75).

Poursuivant son analyse, il a relevé, d'une part, que « la commission de surendettement ne peut imposer le rééchelonnement de dettes et leur effacement partiel ou total que si le débiteur est dans l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles. L'effacement total des dettes dans le cadre d'une décision de rétablissement personnel sans liquidation judiciaire ne peut en outre intervenir que si le débiteur se trouve dans une situation irrémédiablement compromise et ne possède que des biens meublants nécessaires à la vie courante, des biens non professionnels indispensables à l'exercice de son activité professionnelle, ou des biens dépourvus de valeur marchande ou dont les frais de vente seraient manifestement disproportionnés au regard de leur valeur vénale », d'autre part, que « le rééchelonnement et l'effacement ne peuvent, sauf accord du créancier, porter sur les dettes alimentaires, les réparations pécuniaires allouées aux victimes dans le cadre d'une condamnation pénale, les dettes ayant pour origine des manœuvres frauduleuses commises au préjudice de certains organismes de protection sociale et les amendes pénales. L'effacement ne peut non plus porter sur une créance dont le montant a été payé au lieu et place du débiteur par la caution ou le coobligé personne physique » et, enfin, que « ces mesures ne s'imposent qu'en l'absence de contestation par l'une des parties devant le juge du tribunal d'instance » (Cons. const., 17 novembre 2016, n[o] 2016-739 DC, Loi de modernisation de la justice du XXI[e] siècle, §§ 76 et 77).

Il en a conclu que « compte tenu de l'objectif poursuivi et des garanties prévues, le législateur n'a pas, par les dispositions contestées, porté une atteinte disproportionnée au droit de propriété » (Cons. const., 17 novembre 2016, n[o] 2016-739 DC, Loi de modernisation de la justice du XXI[e] siècle, § 78).

B. La limite : l'admission du jeu de la clause de réserve de propriété

La question des effets juridiques de « l'effacement » d'une créance s'est posée, en matière de surendettement, à propos de la clause de réserve de propriété.

L'article 2367 du code civil dispose que « la propriété d'un bien peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie » et précise, dans son second alinéa, que « la propriété ainsi réservée est l'accessoire de la créance dont elle garantit le paiement ».

La Cour de cassation a jugé, aux termes d'un arrêt du 27 février 2014 (2e Civ., 27 février 2014, pourvoi nº 13-10.891, *Bull.* 2014, II, nº 59, D. R. Martin, « Réserve de propriété : le cas d'école », *D.*, 2014, p. 1081, T. Stefania, « L'effacement des dettes : une cause d'extinction des obligations sans paiement n'opérant aucun transfert de propriété », *Petites affiches*, 19 mai 2014, nº 99, p. 7, J. Klein, « La réserve de propriété est-elle vraiment un accessoire de la créance ? », *Revue des contrats*, 1er septembre 2014, nº 3, p. 393, F. Macorig-Venier, « La résistance de la réserve de propriété à l'effacement des dettes », *Bulletin Joly entreprises en difficulté*, 1er juillet 2014, nº 4, p. 245, F. Perochon, « Comment en finir avec un canard sans tête ? », *Bulletin Joly entreprises en difficultés*, nº 4, 1er juillet 2014, p. 217), que « fait une exacte application de ce texte la cour d'appel qui retient que l'extinction de la créance d'un organisme de crédit, du fait de l'effacement des dettes du débiteur, consécutif à la clôture pour insuffisance d'actif de la procédure de rétablissement personnel dont il avait bénéficié, n'équivalait pas à son paiement de sorte que le transfert de propriété du véhicule acheté à crédit ne pouvait être intervenu au profit de l'acquéreur » (sommaire de l'arrêt).

Cette jurisprudence repose ici sur l'idée selon laquelle l'effacement de la créance n'équivaut pas juridiquement à son paiement de sorte que le bien demeure, par l'effet de la clause, dans le patrimoine du vendeur qui n'a pas été payé, quand bien même la créance de prix serait *effacée* (la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a jugé de manière analogue, mais sans que soient en jeu les effets d'une clause de réserve de propriété, que « l'effacement de la dette locative à l'issue d'une procédure de traitement du surendettement qui n'équivaut pas à son paiement ne fait pas disparaître le manquement contractuel du locataire qui n'a pas réglé le loyer, de sorte qu'il ne prive pas le juge, saisi d'une demande de résiliation judiciaire du contrat de bail, de la faculté d'apprécier, dans l'exercice de son pouvoir souverain, si le défaut de paiement justifie de prononcer la résiliation du bail » (2e Civ., 10 janvier 2019, pourvoi nº 17-21.774, publié, J. François, « Qu'est-ce que l'effacement de la dette d'un débiteur insolvable ? », *D.*, 2019, p. 411, T. Le Bars, « Si le rétablissement personnel du débiteur entraîne l'effacement de ses dettes de loyers, il n'empêche pas le jeu de la résiliation du bail pour non-paiement des loyers », *Lettre d'actualité des Procédures collectives civiles et commerciales*, nº 5, mars 2019, alerte 59).

Dans le prolongement de cette jurisprudence, la Cour de cassation a jugé que le juge du tribunal d'instance, statuant en matière de surendettement, ne peut, sans excéder ses pouvoirs, connaître d'une demande de restitution formulée au titre d'une clause de réserve de propriété (2e Civ., 24 septembre 2015, pourvoi nº 13-20.996, *Bull.* 2015, II, nº 220, G. Raymond, « Incompétence du juge du surendettement pour statuer sur la validité d'une

clause de réserve de propriété », *Contrats Concurrence Consommation*, nº 12, décembre 2015, comm. 296, V. Legrand, « En matière de surendettement, le juge d'instance ne peut connaître d'une demande de restitution formulée au titre d'une clause de réserve de propriété », *Lettre d'actualité des procédures collectives civiles et commerciales*, nº 16, octobre 2015, alerte 250).

Ainsi que l'expliquent trois auteurs (H. Adida-Canac, T. Vasseur, E. de Leiris, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation, 2e chambre civile », *D.* 2016, p. 736) : « si le juge du tribunal d'instance se voit confier une compétence de nature générale en matière personnelle ou mobilière par l'article L. 221-4 du code de l'organisation judiciaire, il n'en demeure pas moins une juridiction spécialisée lorsqu'il statue en matière de surendettement par application de l'article L. 221-8-1 du même code. Aussi ne saurait-il, lorsqu'il statue en cette matière, exercer de pouvoirs autres que ceux que lui confèrent à ce titre les dispositions du code de la consommation. Le premier arrêt du 24 septembre 2015 tire les conséquences de cette limitation alors que le juge d'un tribunal d'instance, statuant dans le cadre d'une procédure de traitement du surendettement, avait été saisi d'une demande de restitution formulée au titre d'une clause de réserve de propriété. Il lui était certes loisible de subordonner son plan de désendettement à des mises en vente d'éléments de patrimoine ou à des restitutions, ainsi qu'il résulte de l'article L. 331-7-2 du code de la consommation (désormais article L. 733-7 du code de la consommation). Mais, en dehors du cas de la phase de liquidation judiciaire dans la procédure de rétablissement personnel, le juge du surendettement n'a de levier direct que sur les seules dettes du demandeur à la procédure et il ne statue que dans le cadre d'une demande de traitement de surendettement traitée préalablement par la commission de surendettement. Ses pouvoirs n'étant que ceux qui sont définis par le code de la consommation, lesquels ne comprennent pas ceux qui se rapportent à une action en restitution, le juge du surendettement ne pouvait statuer sur celle-ci sans commettre un excès de pouvoir ».

L'avant-projet de réforme du droit des sûretés (M. Grimaldi, D. Mazeaud, P. Dupichot, « Présentation d'un avant-projet de réforme des sûretés », *D.* 2017, p. 1717), rédigé à l'occasion du projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises (voir L'exposé des motifs du projet de loi. L'article 60 de la loi nº 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises autorise le gouvernement à réformer, par voie d'ordonnance, le droit des sûretés) propose de revenir sur la jurisprudence résultant de l'arrêt du 27 février 2014 (M. Julienne, « Garanties et sûretés réelles : innovations passées et à venir », *Revue des procédures collectives*, nº 4, juillet 2018, dossier 16, spéc. nº 15, C. Juillet, « L'article 60 de la loi Pacte, coup d'envoi de la réforme du droit des sûretés », *JCP* éd. N, nº 22-23, 31 mai 2019, 1208, spéc. nº 20) en retenant le « […] caractère systématiquement accessoire de la réserve de propriété qui prend fin en cas d'extinction de la créance, quelle qu'en soit la cause » (M. Grimaldi, D. Mazeaud, P. Dupichot, art. préc.).

Chapitre 4. Puissance de la propriété et nouvelles articulations du propre et du commun ?

Les historiens se divisent quant à l'antériorité des propriétés individuelle et collective. Les uns inscrivent la propriété privée individuelle comme postérieure à celle collective, en l'occurrence du groupe, du clan ou de la famille, et avancent que la propriété individuelle n'aurait été consacrée qu'avec la montée continue de l'individualisme. Les autres (l'école menée par Fustel de Coulanges particulièrement) contestent l'existence de toute preuve de la primauté de la propriété collective ou commune.

Il ne fait cependant aucun doute que, dans notre conception « moderne », la propriété privée est classiquement pensée comme exclusive, comme l'expression du « propre », opposé au « commun ». Pothier énonçait ainsi fermement que « *propre et commun sont les contradictoires* » [154]. En outre, en rupture de l'ancien droit, la propriété commune devait être minimisée. Ainsi, à propos de la terre, Portalis mettait en garde dans les termes suivants : « *Méfions-nous des systèmes dans lesquels on ne semble faire de la terre la propriété commune de tous pour se ménager le prétexte de ne respecter les droits de personne* ». Ou encore, manifestant son scepticisme à l'égard de l'existence antérieure des communaux, il ajoutait que « *cette communauté, dans le sens rigoureux qu'on y attache, n'a jamais existé ni pu exister : les biens, réputés communs avant l'occupation, ne sont, pour parler avec exactitude, que des biens vacants* » [155]. Le code civil imposa donc la propriété privée individuelle, dont l'exclusivité allait par la suite, tout au long des XIXe et XXe siècles, être élevée au rang de caractéristique essentielle [156]. La boucle se referma, comme s'il n'était plus possible de penser ensemble le commun et la propriété (sauf chez certains auteurs, comme Planiol défendant par exemple la propriété collective plutôt que la construction de la personne morale).

Pour autant des propriétés collectives ont survécu [157], qu'on les saisisse comme communes (animées d'un intérêt commun) ou plus majoritairement comme « plurales » (animées d'intérêts individuels juxtaposés), et qu'elles s'expriment comme plus ou moins précaires [158]. L'indivision puis la copropriété, la mitoyenneté, la communauté de biens des

---

154. R. J. Pothier, *Traité du droit de domaine de propriété. Œuvres de Pothier*, t. X, publié par M. Siffrein, Paris, 1821, p. 10.
155. J.-E.-M Portalis, *in* « Exposé des motifs du projet de loi sur la propriété », *Discours, rapports et travaux inédits sur le code civil*, Paris, Joubert, 1844, p. 210.
156. Voire de substance de la propriété, *cf.* S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris, LGDJ, 1960, spéc. p. 34 et s. et p. 116 et s. ; R. Libchaber, « La recodification du droit des biens », *in Livre du bicentenaire du code civil*, Paris, Dalloz, 2005, § 9 ; F. Zenati-Castaing, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.* 2006, p. 445 et s.
157. P. Catala, « Trois figures de propriété collective », *in Famille et patrimoine*, PUF, 2000, p. 107.
158. F. Zenati-Castaing, « La propriété collective existe-telle ? », *in Mél. G. Goubeaux*, Dalloz 2009, p. 589 : « les hypothèses de propriété communautaire, fondée sur l'existence d'un droit unique détenu à plusieurs, sans quote-part ni droit au partage, c'estä-dire la situation d'être plusieurs, propriétaires d'un même bien, seraient rares » ; il faudrait admettre, pour réduire l'aporie entre propre et commun, de considérer que les attributs de la propriété « sont neutralisés entre les propriétaires en commun tout en persistant à s'exercer à l'égard de tiers ».

époux et les œuvres collectives[159] témoignent de ces organisations à plusieurs et des questions récurrentes de détermination des intérêts propres à s'y exprimer et de choix de leur gouvernement (elles ont transparu, par exemple, lors de l'adoption d'un domaine de décisions à la majorité qualifiée pour certains actes par la loi nº 2006-728 du 23 juin 2006 réformant l'indivision, ou au travers des solutions données aux questions liées aux droits de jouissance exclusif sur partie commune et autres droits de jouissance accordés sur la partie privative d'un lot dans la copropriété) (section 1).

Par ailleurs, au-delà de ces formes admises de propriété collective ou plurale, le degré de considération de l'intérêt de tiers – communautés informelles semi-ouvertes (section 2) ou ouvertes (section 3) autour du bien –, bien qu'occultée, n'a jamais cessé de se poser : il faut compter avec que les communautés de voisinage, de riverains, d'habitants ou, parfois et plus largement, avec un « public » général.

Section 1. Puissance de la propriété et intérêt considéré dans les propriétés « collectives » : intérêts individuels conjoints ou intérêt commun ?

Il semblait acquis que l'indivision agence des intérêts individuels dans une forme précaire (§ I). Les articulations du propre et du commun paraissent en revanche plus subtiles dans la copropriété (§ II), quand elles ne tendent pas franchement vers le commun dans la propriété collective des œuvres de l'esprit (§ III) ou dans la communauté de biens (§ IV). Ces assertions méritent cependant d'être vérifiées au vu des décisions récentes de la Cour de cassation en ces matières.

§ I. Puissance de la propriété et intérêt(s) considéré(s) dans l'indivision

Quant à l'indivision, tout d'abord, les domaines de l'intérêt commun et des intérêts propres sont classiquement dessinés en faveur des seconds (A). Les nuances introduites à la règle de l'unanimité ont néanmoins ouvert une zone d'action collective, que la Cour de cassation s'attache à délimiter (B), de façon assez particulière en droit des sociétés (C).

A. Indivision et domaines de l'intérêt commun et des intérêts propres

Une indivision désigne la situation juridique où, jusqu'au partage, plusieurs personnes disposent de droits de même nature (propriété, nue-propriété, usufruit) sur une chose (un immeuble par exemple) ou un ensemble de choses (une masse successorale). Ces personnes n'ont aucun droit privatif cantonné à une partie déterminée du ou des biens, elles disposent chacune d'une quote-part (égale ou inégale), et tous disposent de droits concurrents sur le tout (usage, jouissance, disposition).

---

[159]. G. Salord, « La propriété collective des œuvres. Contribution du modèle du droit d'auteur au droit commun », th. Paris II, dir. M. Goré, 2007, qui classe quant à elle l'œuvre collective dans les propriétés collectives par essence : collectivement détenue, elle ne se résumerait pas à une indivision temporaire.

Le fonctionnement de l'indivision peut être soumis à une convention (articles 1873-1 à 1873-18 du code civil), ou bien au régime légal (articles 815 à 815-18 du code civil).

Dès sa naissance, la propriété indivise présente des particularités : l'acte d'acquisition d'un immeuble indivis entre plusieurs personnes indique les proportions dans lesquelles le bien est détenu par chaque indivisaire. Ce type d'acquisition est souvent pratiqué par les époux mariés sous le régime de la séparation de biens, ou les concubins, lorsqu'ils achètent un bien immobilier destiné à constituer le logement de la famille. Le titre de propriété précise dans quelle proportion chacun des deux acquéreurs détient la propriété de l'immeuble considéré (une moitié chacun ou un quart et trois quarts par exemple). Cette répartition de la propriété est librement déterminée par les parties et obéit souvent à de multiples considérations (participation de chacun au financement de l'acquisition, libéralité au sein du couple). Au moment du partage de l'indivision, cette répartition de la propriété prend toute son importance.

Ainsi, dans une affaire où des concubins avaient fait l'acquisition d'un bien immobilier en indivision, chacun pour une moitié selon le titre, une cour d'appel a réparti la propriété du bien indivis selon la participation de chaque indivisaire au financement effectif du bien. Cet arrêt est cassé au visa de l'article 815 du code civil, relatif au partage de l'indivision, et de l'article 1134 du même code (dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations), relatif à l'effet obligatoire des conventions. La Cour de cassation rappelle que ceux qui achètent un bien en indivision en acquièrent la propriété selon les proportions prévues par le titre de propriété, sans égard pour les modalités de financement de cette acquisition (1re Civ., 10 janvier 2018, pourvoi n° 16-25.190, publié au *Bulletin* ; voir aussi 1re Civ., 5 octobre 1994, pourvoi n° 92-19.169, *Bull.* 1994, I, n° 273 ; 1re Civ., 18 novembre 1997, pourvoi n° 95-19.103, *Bull.* 1997, I, n° 314 ; 1re Civ., 19 mars 2014, pourvoi n° 13-14.989, *Bull.* 2014, I, n° 46).

Il s'agit de la mise en œuvre de la jurisprudence classique selon laquelle il convient de distinguer le titre – ici de propriété – de la finance – soit les modalités de financement de l'immeuble indivis par chaque indivisaire.

Lors de la vente de l'immeuble indivis, les droits de chaque indivisaire se reportent sur le prix, celui-ci est partagé entre eux, en principe, selon les énonciations du titre. Toutefois, si un indivisaire a financé une part plus importante que les indications données par le titre (le titre indique 50 % mais l'indivisaire a financé 80 % de l'acquisition), il pourra revendiquer une créance sur l'indivision, représentant son surplus de financement.

Ainsi, le droit des contrats impose, par principe, le respect des dispositions de l'acte initial de création de la propriété indivise. En outre, selon le régime légal de l'indivision, l'indivisaire qui a financé plus que sa part peut invoquer à titre individuel une créance sur l'indivision, en application de l'article 815-13 du code civil (1re Civ., 7 juin 2006, pourvoi n° 04-11.524, *Bull.* 2006, I, n° 284 ; 1re Civ., 1er février 2017, pourvoi n° 16-11.599, *Bull.* 2017, I, n° 36).

Au cours de la vie de l'indivision, le code civil prévoit des dispositions particulières quant à la répartition des charges de cette indivision, entre celles attribuées à chaque indivisaire, et celles incombant à l'indivision. Il résulte de l'article 815-13 du code civil que l'indivisaire qui a exposé des dépenses nécessaires à la conservation des biens indivis est remboursé par l'indivision. En l'absence de précisions données par le texte, la juris-

prudence de la Cour de cassation a déterminé quelles dépenses demeuraient à la charge de l’indivision.

D’une façon générale, la Cour retient que les impôts dus au titre d’un immeuble indivis constituent des charges de l’indivision, l’indivisaire qui en a fait l’avance doit être remboursé par l’indivision, quelles que soient les modalités d’occupation de l’immeuble indivis (la taxe d’habitation : 1re Civ., 5 décembre 2018, pourvoi no 17-31.189, publié au *Bulletin* ; les impôts locaux et les charges de copropriété : 1re Civ., 16 avril 2008, pourvoi no 07-12.224, *Bull.* 2008, I, no 122 ; l’impôt foncier : 1re Civ., 13 janvier 2016, pourvoi no 14-24.767, *Bull.* 2016, I, no 5).

Pendant l’indivision, des cessions peuvent intervenir sans toutefois conduire à un partage partiel : dans certaines situations, le mécanisme de la subrogation permet de préserver la masse indivise, en valeur. Dans ce cas, il est fait usage des dispositions de l’article 815-6, alinéa 1, du code civil qui prévoit que « le président du tribunal de grande instance peut prescrire ou autoriser toutes les mesures urgentes que requiert l’intérêt commun ». Il est admis que ce texte permet au président du tribunal d’autoriser un indivisaire à vendre seul un bien indivis, dès lors que sont réunies les deux conditions d’urgence et de préservation de l’intérêt commun (1re Civ., 16 février 1988, pourvoi no 86-16.489, *Bull.* 1988, I, no 45 ; 1re Civ., 4 décembre 2013, pourvoi no 12-20.158, *Bull.* 2013, I, no 236).

Il convient de garder à l’esprit que les opérations de liquidation d’une indivision se distinguent du partage : dans un premier temps, il convient de faire face aux dépenses urgentes (payer les impôts, les charges courantes), de régler le passif indivis avant d’envisager le partage, qui se réalise sur un actif net. Lorsque les liquidités de l’indivision ne suffisent pas pour faire face au passif exigible, il convient de vendre des biens indivis pour honorer les charges. Toutefois, ces cessions ne constituent pas un partage partiel, elles font partie des opérations de liquidation, préalable au partage. L’affaire suivante permet d’illustrer cette distinction entre la liquidation et le partage d’une indivision : trois enfants étant en désaccord sur le partage des successions de leurs parents, la cour d’appel avait autorisé, en application de l’article 815-6 du code civil, deux indivisaires à vendre aux enchères publiques trois véhicules de collection, dépendant des successions, pour permettre le paiement des droits de succession dus à l’administration fiscale.

Devant la Cour de cassation, le troisième indivisaire soutenait que la cour d’appel avait méconnu les règles du partage successoral en ordonnant la licitation de biens dépendant des successions, alors que la vente aux enchères de biens indivis suppose, au préalable, de constater qu’ils ne sont pas partageables en nature entre les indivisaires.

En effet, les biens indivis sont en principe partagés en nature, chaque indivisaire reçoit un lot de même valeur. Si cela est matériellement impossible, le tribunal, qui a au préalable ordonné le partage judiciaire de l’indivision, ordonne la licitation du ou des biens indivis en application de l’article 1377 du code de procédure civile. Le prix est ensuite inscrit à l’actif de l’indivision et inclus dans la masse à partager.

Toutefois, par un arrêt du 2 décembre 2015 (1re Civ., 2 décembre 2015, pourvoi no 15-10.978, *Bull.* 2015, I, no 308), la Cour de cassation a jugé que la licitation de trois véhicules, autorisée en l’espèce sur le fondement de l’article 815-6 du code civil, ne réalisait pas un partage puisque le prix de vente s’était substitué, dans l’indivision, aux biens cédés. En effet, dans cette affaire, les cessions de biens indivis étaient intervenues

pour faire face au passif indivis exigible, il s'agissait d'opérations de liquidation de l'indivision et non d'un partage.

D'une façon plus générale, au cours de la vie de l'indivision, le mécanisme de la subrogation permet de conserver, au moins en valeur, la masse indivise. Cette subrogation est expressément prévue par l'article 815-10 du code civil selon lequel l'indemnité d'assurance se substitue au bien indivis détruit (1re Civ., 19 mars 2014, pourvoi nº 13-12.578, *Bull.* 2014, I, nº 49). Ce n'est que lorsque toutes ces opérations de liquidation sont réalisées que le partage peut intervenir sur l'actif net indivis.

B. Indivision et évolution vers des actions collectives non « unanimes »

Les actes juridiques sur une chose indivise nécessitent en principe le consentement unanime des indivisaires et seules les mesures nécessaires à la conservation des biens indivis peuvent, par exception, être prises par un seul d'entre eux.

Jusqu'à la loi nº 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, les actes d'administration et de disposition devaient être consentis par tous les indivisaires.

Assouplissant cette architecture, reposant sur le droit de propriété, actuel et éventuel, de chaque indivisaire, cette loi a restreint la règle de l'unanimité aux actes qui ne ressortissent pas à l'exploitation normale des biens indivis ainsi qu'aux actes de disposition, excepté la vente des meubles indivis pour payer les dettes et charges de l'indivision. En conséquence, l'article 815-3 du code civil dans sa rédaction nouvelle permet dorénavant une action « collective » autre qu'unanime, en autorisant l'indivisaire ou les indivisaires titulaires d'au moins deux tiers des droits indivis à effectuer divers actes spécifiés dont, notamment, la vente mobilière précitée et les actes d'administration relatifs aux biens indivis, et en ôtant corrélativement aux indivisaires minoritaires, au regard de l'intérêt commun de l'indivision que représente une exploitation normale du bien indivis, leur faculté, expression de leur droit réel, de bloquer lesdits actes.

La délimitation des actes d'administration revêt, dès lors, une importance nouvelle.

L'exercice d'une action en justice est en principe un acte d'administration, mais elle peut être qualifiée d'acte de disposition ou encore d'acte conservatoire selon son objet. Les actions réelles, pétitoires ou possessoires, ont ainsi pu donner lieu à interrogation.

Par un arrêt du 12 avril 2018, la Cour de cassation a fait rentrer l'action en bornage d'une parcelle indivise dans la catégorie des actes d'administration qui, ressortissant à l'exploitation normale du bien indivis, peuvent être accomplis par le ou les indivisaires titulaires d'au moins deux tiers des droits indivis.

Cet arrêt juge en effet qu'« ayant relevé que [les demandeurs] n'étaient pas les seuls propriétaires indivis de la parcelle [dont ils demandaient le bornage] et ne justifiaient pas du consentement d'indivisaires titulaires d'au moins deux tiers des droits indivis, la cour d'appel a retenu à bon droit que leur action entrait dans la catégorie des actes prévus à l'article 815-3 du code civil et en a exactement déduit qu'elle était irrecevable » (3e Civ., 12 avril 2018, pourvoi nº 16-24.556, publié au *Bulletin*).

Un propriétaire indivis ne peut donc agir seul en bornage. Mais le consentement à l'action de tous les indivisaires n'est pas requis.

Il avait été jugé précédemment que la disposition de l'article 815-3, alinéa 1, du code civil, dans sa rédaction alors applicable, ne concernait que les actes d'administration du bien indivis, et qu'un indivisaire individuellement pouvait exercer une action possessoire relativement au bien indivis dont la jouissance est commune aux indivisaires (3e Civ., 9 mars 1982, pourvoi n° 80-16.070, *Bull.* 1982, III, n° 63) ; qu'un indivisaire pouvait agir en expulsion, son action ayant pour objet la conservation des droits des indivisaires et entrant dans la catégorie des actes conservatoires que tout indivisaire peut accomplir seul (3e Civ., 17 avril 1991, pourvoi n° 89-15.898, *Bull.* 1991, III, n° 124).

Il avait par ailleurs été jugé que chaque indivisaire, étant pleinement propriétaire du bien indivis, concurremment avec les autres coindivisaires, était recevable à faire reconnaître son droit de copropriété indivis, quand bien même tous les coindivisaires n'auraient pas été en la cause, de sorte qu'il pouvait agir seul en revendication contre un tiers à l'indivision (3e Civ., 28 novembre 1973, pourvoi n° 72-13.553, *Bull.* 1973, III, n° 609 ; 3e Civ., 19 juin 2002, pourvoi n° 01-01.201, *Bull.* 2002, III, n° 145 ; 1re Civ., 5 novembre 2008, pourvoi n° 07-15.374, *Bull.* 2008, I, n° 251).

Il pouvait alors apparaître possible de considérer qu'un indivisaire pouvait agir seul en bornage, l'action étant qualifiée de pétitoire (3e Civ., 2 mai 1978, pourvoi n° 77-10.038, *Bull.* 1978, III, n° 166) mais ne constituant pas une action en revendication (3e Civ., 10 novembre 2009, pourvoi n° 08-19.756, *Bull.* 2009, III, n° 249).

Mais la Cour de cassation, qui avait jugé que la défense à une action en bornage constituait, en cas d'indivision, un acte conservatoire (3e Civ., 10 octobre 1995, pourvoi n° 94-10.263), a énoncé « qu'une action en bornage entr [ait] dans la catégorie des actes d'administration et de disposition » (3e Civ., 9 octobre 1996, pourvoi n° 94-15.783, *Bull.* 1996, III, n° 211 ; 3e Civ., 9 juillet 2003, pourvoi n° 01-15.613, *Bull.* 2003, III, n° 155).

Cette jurisprudence déniait ainsi à l'action en bornage la qualification d'acte conservatoire.

L'arrêt du 12 avril 2018 précité confirme l'exclusion de l'action en bornage de la catégorie des actes conservatoires, définie de façon restrictive en matière d'indivision, et affirme qu'il s'agit d'un acte d'administration, domaine de l'intérêt commun en cette matière.

Il y a lieu sur ce point de rappeler qu'une action en bornage n'a pas le même objet qu'une action en revendication de propriété (3e Civ., 18 octobre 2006, pourvoi n° 05-13.852, *Bull.* 2006, III, n° 202), qu'elle a seulement pour effet de fixer les limites des fonds contigus sans attribuer la propriété des terrains (3e Civ., 10 juillet 2013, pourvoi n° 12-19.416, n° 12-19.610, *Bull.* 2013, III, n° 97), et que l'accord des parties sur la délimitation des fonds n'implique pas, à lui seul, leur accord sur la propriété des parcelles litigieuses (3e Civ., 23 mai 2013, pourvoi n° 12-13.898, *Bull.* 2013, III, n° 62).

Opération courante, l'action en bornage a pour objet pour celui qui l'intente d'établir l'étendue concrète de la parcelle dont il est propriétaire et d'en matérialiser les limites. En cas d'indivision, le bornage délimite la chose indivise sur laquelle s'exerce la jouissance des indivisaires, sans préjudicier à leur droit de propriété ; en elle-même l'action ne réagit pas à une prétention d'un tiers sur la parcelle indivise. S'il est vrai qu'une action en

bornage cache souvent une revendication de propriété, la compétence du juge d'instance saisi d'une action en bornage pour statuer sur la revendication de propriété d'une parcelle opposée comme moyen de défense à l'action (3e Civ., 7 janvier 2009, pourvoi nº 07-19.917, *Bull.* 2009, III, nº 6) pose la question des effets de la revendication à l'égard des indivisaires qui n'étaient pas dans la cause, question distincte de celle de l'intérêt commun des indivisaires et de la qualification de l'action en bornage, au regard de sa recevabilité, en acte d'administration, lequel, en soi, ne porte normalement atteinte ni à la chose indivise ni au droit de propriété de chaque indivisaire, et ouvre à l'action à la majorité qualifiée de l'article 815-3 du code civil.

C. Indivision et droit des sociétés

En droit des sociétés, l'indivision peut résulter de plusieurs situations. Soit l'indivision survient au cours de la vie de la société, par exemple à la suite du décès d'un associé, soit les parts ou actions sont attribuées en rémunération d'un apport indivis.

Les textes généraux et spéciaux de droit des sociétés (articles 1844 du code civil et L. 225-110 du code de commerce) organisent la représentation de l'indivision aux assemblées générales, par le biais d'un mandataire, le cas échéant, désigné en justice, de sorte que l'exercice du droit de vote est dévolu à ce mandataire.

C'est ainsi que l'article 1844, alinéa 2, du code civil précise que « *les copropriétaires d'actions indivises sont représentés aux assemblées générales par l'un d'eux ou par un mandataire unique. En cas de désaccord, le mandataire est désigné en justice* à *la demande du copropriétaire le plus diligent* ».

L'article L. 225-110, alinéa 2, du code de commerce, applicable aux sociétés par actions, est rédigé en termes similaires puisqu'il dispose que « *les copropriétaires d'actions indivises sont représentés aux assemblées générales par l'un d'eux ou par un mandataire unique. En cas de désaccord, le mandataire est désigné en justice* à *la demande du copropriétaire le plus diligent* ».

Les codes civil et de commerce semblent ainsi prendre en considération l'intérêt commun de l'indivision.

Toutefois, la jurisprudence faisant application du premier alinéa de l'article 1844 du code civil, aux termes duquel « tout associé a le droit de participer aux décisions collectives », paraît s'être orientée plus vers l'approche classique, décrite ci-dessus.

En effet, à l'occasion de litiges où se posait la question de savoir, en cas de démembrement du droit de propriété ou d'indivision de droits sociaux, à qui revenait la qualité d'associé ou d'actionnaire, la Cour de cassation, donnant un plein effet à l'article 1844, alinéa 1, juge, de manière constante, que les indivisaires ont tous la qualité d'associé ou d'actionnaire.

Ce faisant, en adoptant le principe suivant lequel chaque indivisaire est associé ou actionnaire, le droit des sociétés et, en tout cas, l'interprétation qui en est retenue par la haute juridiction, semble privilégier une juxtaposition d'intérêts individuels, en cas d'indivision de droits sociaux. Une telle orientation trouve sa justification dans le droit des sociétés confronté au droit de l'indivision.

En effet, guidée par la recherche des prérogatives essentielles des associés, la Cour de cassation a posé le principe suivant lequel tout associé a le droit de participer aux décisions collectives.

Cette règle, qui s'apparente à un droit irréductible de l'associé, ne semble admettre aucune dérogation.

Ce principe heurte à première vue l'idée d'une propriété collective, comprise comme la prise en compte d'un intérêt commun.

Toutefois, cet intérêt commun n'est pas pour autant absent en raison du découplage entre vote et participation à l'assemblée générale.

L'article 1844, alinéa 1, a, en effet, suscité de nombreuses difficultés d'interprétation et soulevé la question, discutée en doctrine, de la dissociation de la participation aux assemblées d'associés et du vote dans ces instances et, plus substantiellement, celle de savoir ce qui fait l'essence de la qualité d'associé.

C'est par une décision du 4 février 1994 dite *Gaste* (Com., 4 janvier 1994, pourvoi nº 91-20.256, *Bull.* 1994, IV, nº 10), que la chambre commerciale de la Cour de cassation a clairement affirmé que, s'il était possible aux statuts de prévoir une dérogation à la règle de répartition du droit de vote édictée par le deuxième alinéa de l'article 1844, précité, « *aucune dérogation [n'était] prévue concernant le droit des associés et donc du nu-propriétaire de participer aux décisions collectives* ».

Cette décision est la première à affirmer la distinction entre participation à la décision collective et vote.

La solution est désormais acquise et a été notamment rappelée en 2008 (Com., 2 décembre 2008, pourvoi nº 08-13.185).

À l'occasion de cette dernière décision, la chambre commerciale a ainsi jugé « *que les statuts peuvent déroger* à *la règle selon laquelle, si une part est grevée d'usufruit, le droit de vote appartient au nu-propriétaire, dès lors qu'ils ne dérogent pas au droit du nu-propriétaire de participer aux décisions collectives* ».

De même, dans l'hypothèse où des actions ou des parts sociales sont soumises au régime de l'indivision, la Cour de cassation a retenu que les indivisaires de droits sociaux ont la qualité d'associés (1re Civ., 6 février 1980, pourvoi nº 78-12.513, *Bull.* 1980, nº 49), solution reprise par la chambre criminelle de la Cour de cassation (Crim., 4 novembre 2009, pourvoi nº 09-80.818) et consacrant la thèse du professeur Viandier.

La logique de cette solution repose, comme le souligne une partie de la doctrine, sur le fait que la qualité d'associé ne peut se fixer que sur une seule personne et qu'en absence de personnalité juridique, l'indivision ne saurait être titulaire d'une telle qualité, ce qui commande de tenir les indivisaires pour des associés.

Au surplus, chaque indivisaire réunit sur sa personne tous les éléments nécessaires à la qualité d'associé, soit le droit aux bénéfices et l'apport.

Le principe a été également appliqué aux copropriétaires indivis de droits sociaux.

Faisant application de l'article 1844 du code civil, issu de la loi du 4 janvier 1978 et notamment de son premier alinéa, la chambre commerciale de la Cour de cassation l'a

rappelé dans une importante décision publiée du 21 janvier 2004 (Com., 21 janvier 2014, pourvoi nº 13-10.151, *Bull.* 2014, nº 16).

Dans le litige ayant donné lieu à l'arrêt du 21 janvier 2014 précité, où des héritiers nus-propriétaires d'un associé avaient désigné un mandataire commun pour voter lors d'une assemblée générale, la chambre commerciale censure la cour d'appel qui avait jugé fondée l'interdiction faite au conjoint de l'un des copropriétaires, désigné par ce dernier pour le représenter, d'assister à l'assemblée générale de la société.

La Cour de cassation affirme avec force la qualité d'associé du copropriétaire de parts sociales et retient « *qu'encourt dès lors la cassation l'arrêt qui accueille la demande visant* à *ce qu'il soit fait défense* à *un copropriétaire indivis de la nue-propriété de droits sociaux de participer aux assemblées de la société ou de s'y faire représenter, alors que le copropriétaire indivis de droits sociaux a la qualité d'associé et a le droit de participer aux décisions collectives* ».

Cette décision a, selon l'expression du professeur Le Cannu, donné « *son plein essor* à *l'article 1844, alinéa 1, du code civil* ».

Cet auteur a également souligné que l'affirmation de la Cour de cassation était d'autant plus forte qu'elle concernait un copropriétaire, qui n'était que nu-propriétaire de parts sociales, alors qu'un mandataire avait été désigné en justice pour représenter l'indivision.

L'intérêt de l'arrêt du 21 janvier 2014 précité est d'appliquer, de manière inédite, le principe aux cas des copropriétaires de parts sociales. Cet arrêt s'inscrit bien dans la ligne de celle de l'arrêt du 6 février 1980, précité.

Une telle application trouve son fondement théorique dans le texte même de l'article 1844 du code civil, qui pose une règle impérative.

De manière plus pragmatique, certains auteurs ont pu estimer qu'il est plus efficace de confier aux indivisaires concernés le soin de veiller par eux-mêmes à la protection de leurs propres droits que de passer par l'intermédiaire d'un représentant commun.

Dans cette conception, chaque nu-propriétaire a, en sa qualité d'associé et, pour reprendre une expression doctrinale, au titre de « son droit d'intervention dans la vie sociale », la faculté de prendre part aux débats qui précèdent la prise de décision.

Un auteur a également justifié la qualité d'associé de l'indivisaire en indiquant que « les trois éléments constitutifs de la qualité d'actionnaire sont présents en la personne de chaque indivisaire : chacun jouit d'un droit de propriété sur l'action – ils en sont copropriétaires –, a vocation au retrait d'un enrichissement individuel de l'enrichissement social et accepte de perdre l'apport devenu commun, contribuant ainsi aux pertes sociales ».

Affirmé par un texte de portée générale, le droit est aussi reconnu par le droit spécial des sociétés, qui attribue, ponctuellement, à l'indivisaire des droits attachés à cette qualité.

À cet égard, l'article L. 225-118 du code de commerce, applicable aux sociétés anonymes, prévoit que « le droit à communication des documents, prévu aux articles L. 225-115, L. 225-116 et L. 225-117, appartient également à chacun des copropriétaires d'actions indivises, au nu-propriétaire et à l'usufruitier d'actions ».

L’article R. 225-168, alinéa 2, du même code dispose que « tous les copropriétaires d’actions indivises sont convoqués dans les mêmes formes lorsque leurs droits sont constatés, dans le délai prévu à l’alinéa précédent, par une inscription nominative ».

Le professeur Mortier note d’ailleurs que « ces textes ne sauraient être interprétés *a contrario* pour en déduire qu’hors de leur domaine, l’indivisaire doit se voir refuser la qualité d’associé » et « qu’articles de précaution, ils doublonnent partiellement le principe général et fécond en vertu duquel, en leur qualité d’associé, les indivisaires ont tous des droits […] propres aux associés ».

Le droit de participer aux décisions collectives apparaît donc comme un droit irréductible des associés qu’ils soient pleinement propriétaires, nus-propriétaires ou copropriétaires de parts sociales.

La participation aux assemblées est en effet la condition d’exercice d’une des prérogatives fondamentales de l’associé, son droit de vote. Elle est également un vecteur de son droit à l’information.

C’est également une conséquence du caractère indivisible par nature des droits sociaux (affirmé par l’article L. 228-5 du code de commerce), qui n’a, pour un auteur, « pour conséquence que de mettre un obstacle à l’exercice fractionné des droits attachés aux droits sociaux indivis de sorte qu’il en résulte que les droits conférés par des parts sociales ou actions indivises peuvent être exercés collectivement par l’indivision mais aussi individuellement et personnellement par chacun des indivisaires.

La ligne de partage entre ces deux modalités d’exercice, collective et individuelle, serait le respect des droits des coassociés de l’indivisaire car, selon l’expression du professeur Mortier, « le droit dont la multiplication entame [les droits des autres coindivisaires] ne peut être reconnu divisément à chaque indivisaire et s’exerce nécessairement collectivement ».

Dans cette perspective, le droit de vote ne peut être exercé que collectivement, comme le prévoit d’ailleurs le mécanisme de représentation de l’article 1844, alinéa 2, du code civil, sous peine de « diluer les autres associés ».

Ainsi, l’associé indivisaire ne peut pas participer seul à une assemblée générale pour y voter. C’est également le sens de l’arrêt du 21 janvier 2014 précité : chaque indivisaire peut participer à l’assemblée des associés même si le droit de vote est globalement exercé par un mandataire pour tous les indivisaires.

À l’inverse, d’autres droits peuvent, par nature, être exercés par le seul indivisaire : droit de poser des questions préalablement à l’assemblée générale, droit de demander la désignation, la convocation de l’assemblée générale, droit de participer à l’assemblée générale…

Il en résulte que, si l’indivision a d’importantes conséquences en ce qui concerne l’exercice des prérogatives reconnues aux associés, elle ne paraît toutefois pas conduire à un exercice collectif de la totalité des droits attachés à la qualité d’associé, en ce sens que demeurera le droit de participer aux assemblées tel qu’il est prévu à l’alinéa 1 de l’article 1844 du code civil.

Le droit des sociétés ne semble pas nécessairement conduire, dans ces situations particulières, à une « coalition » de droits individuels.

§ II. Puissance de la propriété et intérêt(s) considéré(s) dans la copropriété

L'article 1er de la loi nº 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis a rendu le statut de la copropriété applicable à tout immeuble ou groupe d'immeubles bâtis « dont la propriété est répartie entre plusieurs personnes, par lots comprenant chacun une partie privative et une quote-part de parties communes ».

Tout lot de copropriété est donc indissociablement composé d'une partie privative et d'une quote-part de parties communes (3e Civ., 29 novembre 1972, pourvoi nº 71-12.576, *Bull.* 1972, III, nº 643 ; 3e Civ., 3 juillet 1984, pourvoi nº 82-16.883, *Bull.* 1984, III, nº 131 ; 3e Civ., 1er mars 2006, pourvoi nº 04-18.547 ; 3e Civ., 17 septembre 2013, pourvoi nº 12-19.526) ; caractère indissociable figurant désormais expressément à l'article 1er de la loi du 10 juillet 1965 précitée dans sa rédaction issue de la loi nº 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, dite « loi ELAN ».

C. Atias et J.-M. Roux (*Guide de la copropriété des immeubles bâtis*, Edilaix, 6e édition, nº 27), en déduisent que « la particularité la plus nette du régime de la copropriété immobilière tient à la réunion de la propriété privative et de la propriété indivise dans des lots individuels, c'est-à-dire au lien de droit de nature réelle, instauré entre les unes et les autres ».

F. Bayard-Jammes (« La nature juridique du droit du copropriétaire immobilier », *LGDJ*, 2003, nº 26), ajoute que « c'est d'ailleurs là toute l'originalité du concept de "lot de copropriété" qui permet de perpétuer l'essence individualiste du droit tout en révélant une dimension collective incontestable ».

D'une lecture combinée des articles 8 et 14 de la loi nº 65-557 du 10 juillet 1965 précitée, il appert que cette dimension collective s'incarne dans un syndicat, doté de la personnalité civile, ayant pour objet la conservation de l'immeuble et l'administration des parties communes selon, sous réserve des dispositions d'ordre public de la même loi, les stipulations d'un règlement de copropriété de nature conventionnelle.

Ainsi, en application des dispositions de son article 9, chaque copropriétaire dispose des parties privatives comprises dans son lot et use et jouit librement des parties privatives et des parties communes sous la condition de ne porter atteinte ni aux droits des autres copropriétaires ni à la destination de l'immeuble telle qu'elle découle du règlement de la copropriété.

Le caractère dualiste du lot de copropriété s'exprime donc tant en propriété qu'en jouissance : exclusivité des parties privatives et partage des parties communes dont la rupture d'égalité entre les copropriétaires dans la jouissance est proscrite (3e Civ., 10 mars 1993, pourvoi nº 91-16.581 ; 3e Civ., 11 mai 2006, pourvoi nº 05-10.924, *Bull.* 2006, III, nº 120 ; 3e Civ., 11 mars 2009, pourvoi nº 08-10.566).

Les tensions entre le propre et le commun des intérêts des copropriétaires ont, toutefois, conduit à ce que leur collectivisation ne puisse uniquement s'inscrire dans ce dualisme du lot de copropriété. En propriété ou en jouissance, des nuances issues de la pratique et validées par la jurisprudence sont venues complexifier le droit de la copropriété avant que le législateur ne les consacre ou, plus exceptionnellement, ne les interdise.

En premier lieu, la communauté des intérêts sur ces parties de l'immeuble n'a pas fait obstacle à ce qu'un sous-ensemble soit institué par spécialisation de la propriété des parties communes sans pour autant qu'il y ait eu besoin d'instituer une organisation collective distincte par la création d'un syndicat secondaire.

Dès 1965, le législateur avait, en effet, envisagé cette possibilité, sans toutefois en organiser le régime, en disposant dans l'article 4 de la loi que précitée « les parties communes sont l'objet d'une propriété indivise entre l'ensemble des copropriétaires ou certains d'entre eux seulement ».

La pratique s'est appuyée sur cette distinction entre les copropriétaires dans la propriété des parties communes pour en déduire que le règlement de copropriété pouvait instituer des parties communes spéciales à un groupe de copropriétaires à l'exclusion des autres. Dans un groupe d'immeubles, les parties communes de chacun d'entre eux ont ainsi pu être distinguées et la propriété d'un couloir desservant exclusivement des chambres de services a également pu être affectée aux seuls copropriétaires titulaires des lots ainsi desservis.

La portée de tels sous-ensembles n'ayant pas toujours été comprise par nombre de copropriétaires, pour qui les parties communes ne pouvaient, par nature, qu'être la propriété de tous et leur spécialisation une forme d (oxymore, c'est à la Cour de cassation qu'il a incombé, au fil des pourvois, d'en déterminer le régime.

D'abord, leur administration et leur disposition sont régies par la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 précitée et les copropriétaires, titulaires de ces parties communes spéciales, ne constituent pas une indivision forcée du droit commun (3e Civ., 11 octobre 1995, pourvoi n° 94-11.308).

Ensuite, propriété indivise entre leurs seuls titulaires, tout droit de propriété des autres copropriétaires sur celles-ci est, en conséquence, écarté (3e Civ., 19 novembre 2014, pourvoi n° 13-18.925, *Bull.* 2014, III, n° 154).

Enfin, une telle exclusivité dans la propriété a nécessairement pour corollaire l'instauration de charges spéciales (3e Civ., 8 juin 2011, pourvoi n° 10-15.551, *Bull.* 2011, III, n° 95).

La loi ELAN est venue conforter cette jurisprudence en insérant, dans la loi de 1965 précitée, les nouveaux articles 6-2 et 6-4 qui en ont repris la substance.

En deuxième lieu, à cette spécialisation dans la propriété des parties communes, la pratique a également adjoint une jouissance exclusive.

Demeuré inchangé sur ce point, l'article 3 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 précitée envisage un tel mécanisme, sans là aussi le réglementer, en disposant que « sont communes les parties des bâtiments et des terrains affectées à l'usage ou à l'utilité de tous les copropriétaires ou de plusieurs d'entre eux ».

Pour P. Capoulade et D. Tomasin (*La copropriété*, Dalloz Action, éd. 2018-2019, n° 112.101), cette absence de rigidité, laissant place à des « catégories intermédiaires », a permis la création d'un droit dit de jouissance privatif ou exclusif d'une partie commune d'une copropriété, généralement une cour, une terrasse ou un jardin.

L'exclusivité d'usage étant le critère déterminant de la qualification de partie privative, une telle jouissance exclusive d'une partie commune a pu, selon ces auteurs, être considérée comme un paradoxe, voire, pour un autre (C. Atias, « Propriété indivise et usage privatif », *JCP* 1987, éd. N, nº 353), une « *hérésie* ».

N'étant pas réductible aux catégories traditionnelles tels la servitude ou l'usufruit, c'est un droit *sui generis* que la Cour de cassation a consacré en le qualifiant de droit réel et, sauf stipulation contraire de l'acte constitutif, perpétuel (3e Civ., 4 mars 1992, pourvoi nº 90-13.145, *Bull.* 1992, III, nº 73 ; 3e Civ., 2 décembre 2009, pourvoi nº 08-20.310, *Bull.* 2009, III, nº 266).

Affectant sa seule jouissance, il ne modifie donc pas la nature de la partie commune sur laquelle il porte (3e Civ., 29 octobre 1973, pourvoi nº 72-12.531, *Bull.* 1973, III, nº 552 ; 3e Civ., 26 juin 1974, pourvoi nº 73-70.289, *Bull.* 1974, III, nº 269), et, distinct d'un droit de propriété, ne peut constituer la partie privative d'un lot de copropriété (3e Civ., 6 juin 2007, pourvoi nº 06-13.477, *Bull.* 2007, III, nº 98 ; 3e Civ., 16 janvier 2008, pourvoi nº 06-15.314, *Bull.* 2008, III, nº 8).

Dès lors qu'il ne confère pas à son titulaire un droit de propriété, il lui a été dénié le droit d'édifier un ouvrage sans autorisation de l'assemblée générale (3e Civ., 4 mai 1995, pourvoi nº 93-11.121, *Bull.* 1995, III, nº 113). Avant sa réalisation, il est donc tenu, s'agissant d'un acte de disposition sur des parties communes, de solliciter l'autorisation de l'assemblée qui se prononcera à la majorité de l'article 26 de la loi du 10 juillet 1965 (3e Civ., 4 novembre 2004, pourvoi nº 03-11.741, *Bull.* 2004, III, nº 189). Cette même majorité sera applicable à l'hypothèse d'une ratification *a posteriori* (3e Civ., 20 mars 2002, pourvoi nº 00-17.751, *Bull.* 2002, III, nº 70) et, *in fine*, l'ouvrage réalisé deviendra, par accession, une partie commune de l'immeuble (3e Civ., 26 juin 2002, pourvoi nº 00-15.718, *Bull.* 2002, III, nº 153).

S'agissant de la détermination de la contribution du titulaire de ce droit au fonctionnement de la copropriété, la Cour de cassation a approuvé que l'on puisse se référer à la quote-part de parties communes correspondant, sans pour autant être assimilée à un droit de propriété, aux charges que son titulaire devait supporter (3e Civ., 4 mai 1995, pourvoi nº 93-11.121, précité ; 3e Civ., 27 mars 2008, pourvoi nº 07-11.801, *Bull.* 2008, III, nº 59).

Quant à la naissance de ce droit, elle résulte le plus souvent d'une clause du règlement (3e Civ., 25 janvier 1995, pourvoi nº 92-19.600, *Bull.* 1995, III, nº 29 ; 3e Civ., 21 juin 2006, pourvoi nº 05-14.441, *Bull.* 2006, III, nº 158). À cet égard, ne donne pas de base légale à sa décision une cour d'appel qui écarte l'existence d'un droit de jouissance exclusif sans rechercher si la mention d'un « *droit de passage* » dans l'état descriptif de division d'une copropriété au seul bénéfice du propriétaire d'un lot ne révèle pas qu'il s'agit d'un droit exclusif (3e Civ., 1er février 2018, pourvoi nº 17-10.482, publié au *Bulletin*).

S'il est constant qu'il peut être cédé avec le lot dont il est l'accessoire, s'est posée la question de savoir à quelle condition il pouvait l'être distinctement dudit lot. La Cour de cassation a alors approuvé une cour d'appel d'avoir « exactement énoncé que le droit de jouissance privative d'une partie commune, attaché par le règlement de copropriété à un lot, ne peut être cédé en tout ou partie au propriétaire d'un autre lot qu'avec l'accord du syndicat des copropriétaires » (3e Civ., 17 décembre 2013, pourvoi nº 12-23.670, *Bull.* 2013, III, nº 166).

Là aussi, la loi ELAN est venue conforter la jurisprudence de la Cour de cassation en insérant, dans la loi de 1965 précitée, les nouveaux articles 6-3 et 6-4 qui en ont repris la substance.

En troisième lieu, la pratique a, en sens inverse, imaginé que l'on puisse affecter des parties privatives à la jouissance commune des copropriétaires.

Ainsi, dans un premier litige combinant le droit de la propriété et celui de la copropriété, la Cour de cassation a eu à examiner un montage original tenant à ce qu'au lieu qu'une piscine soit une partie commune dont la charge de l'entretien incomberait aux copropriétaires et la maintenance à un prestataire extérieur, elle avait été intégrée dans les parties privatives d'un lot et un additif au règlement de copropriété avait institué différentes charges sur le copropriétaire acquéreur conduisant à en faire, *mutatis mutandis*, des « parties privatives à jouissance commune », de sorte que la situation était similaire mais inversée par rapport à celle pour laquelle il était admis la perpétuité du droit de jouissance privatif.

La Cour de cassation a sanctionné la cour d'appel pour ne pas avoir répondu aux conclusions faisant valoir que l'engagement avait été pris par les précédents propriétaires à titre personnel et non comme un engagement attaché à leurs lots (3e Civ., 27 novembre 2013, pourvoi nº 12-25.305).

Un arrêt, devenu irrévocable, rendu par la cour d'appel de renvoi, ayant retenu que la convention avait fait naître une obligation réelle dont étaient tenus les propriétaires successifs des lots, la Cour de cassation a, cette fois-ci, eu à statuer sur la perpétuité de ce droit dont il était désormais sollicité la constatation de l'extinction.

C'est par un motif, substitué à ceux critiqués par le pourvoi, selon lequel « est perpétuel un droit réel attaché à un lot de copropriété conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale d'un autre lot », que le pourvoi a été rejeté (3e Civ., 7 juin 2018, pourvoi nº 17-17.240, publié au *Bulletin* et mentionné au *Rapport annuel* 2018).

Dans une seconde affaire, le promoteur d'une résidence de tourisme, placée sous le statut de la copropriété, avait conservé la propriété de lots, dont les parties privatives étaient affectées à la fourniture de prestations collectives, avant de les céder à une société en conflit avec le nouveau gestionnaire de la résidence.

Le syndicat des copropriétaires, au visa du V de son article 58 de la loi nº 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, dite « ALUR », avait alors agi en constat de l'abandon de ces lots.

Ces dispositions législatives sont, en effet, venues modifier le droit de la copropriété sous le prisme des locaux à usage collectif des résidences de tourisme en distinguant selon qu'elles ont été construites antérieurement ou postérieurement au 1er juillet 2014.

Pour les secondes, il est désormais interdit de constituer en un lot distinct vendu à un copropriétaire les locaux à usage collectif composés d'équipements et de services communs au sens de l'article D. 321-1 du code du tourisme.

Pour les premières, le législateur a prévu un dispositif original prévoyant, dans l'hypothèse où une absence d'entretien de ces locaux entraînerait un déclassement de la résidence ou l'impossibilité de la commercialiser en offrant l'intégralité des prestations collectives initialement prévues lors de la vente des logements, le prononcé d'un état de

carence ou le constat de leur abandon. Dans la première occurrence, « la responsabilité de l'entretien des locaux à usage collectif […] peut être confiée par le juge, à titre temporaire, au syndicat des copropriétaires » tandis que, dans la seconde, ces locaux « peuvent devenir la propriété indivise du syndicat des copropriétaires, après le paiement d'une juste et préalable indemnité déterminée par le juge et versée au précédent propriétaire ».

Selon les réponses identiques apportées par le gouvernement à plusieurs questions écrites (QE nº 52167, 18 mars 2014, JO AN du 17 février 2015 ; QE nº 52883, 25 mars 2014, JO AN du 17 février 2015 ; QE nº 78902, 28 avril 2015, JO AN du 26 janvier 2016), ce nouveau dispositif s'expliquerait, en substance, par le souci d'éviter que, devant le refus des bailleurs d'accepter des baisses importantes de loyer, les exploitants se déclarent en faillite et empêchent la reprise de la résidence par un autre gestionnaire, dans la mesure où ils sont propriétaires des locaux et équipements à usage collectif, de sorte qu'en l'absence de gestionnaire pour la résidence, les propriétaires-investisseurs perdent à la fois le produit de la location et le bénéfice de la défiscalisation, qui leur est repris.

Au cas d'espèce, la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel d'avoir rejeté l'action du syndicat pour ne pas avoir été assortie d'une offre de paiement de l'indemnité revenant au propriétaire des lots litigieux et d'une demande en fixation de son montant par le tribunal de grande instance (3e Civ., 9 mai 2019, pourvoi nº 18.16.717, publié au *Bulletin*).

Au total, si la souplesse de l'articulation du propre et du commun dans la copropriété des immeubles bâtis a permis l'émergence de catégories intermédiaires par une spécialisation en propriété et en jouissance des parties d'immeuble, dont la jurisprudence de la Cour de cassation a déterminé le régime avant que le législateur ne le consacre, le souci d'en corriger certains excès dans l'hypothèse très particulière des résidences de tourisme est venue mettre un frein aux initiatives de la pratique. Au-delà, ne faudrait-il pas y voir une certaine impossibilité ontologique à ce que la jouissance commune puisse avoir pour objet le propre ?

§ III. Puissance de la propriété et intérêt(s) considéré(s) dans la propriété commune d'une œuvre de l'esprit

Conformément à l'article L. 111-1 du code de la propriété intellectuelle, l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. Ce droit comporte des prérogatives d'ordre moral (droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre, droit de divulgation, droit de repentir ou de retrait) et des prérogatives d'ordre patrimonial (droit de reproduction, droit de représentation, droit de suite).

Mais une œuvre de l'esprit peut résulter de l'apport créatif original émanant de plusieurs personnes physiques. Le code de la propriété intellectuelle distingue ainsi les œuvres de collaboration, les œuvres collectives et les œuvres dérivées, les relations entre les différents auteurs étant, pour chacune d'entre elles, soumises à un régime spécifique.

Aux termes de l'article L. 113-2, alinéa 1, de ce code, « est dite de collaboration l'œuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques », la jurisprudence exigeant de surcroît, pour retenir cette qualification, l'existence d'un « travail créatif concerté et conduit en commun » (1re Civ., 18 octobre 1994, pourvoi nº 92-17.770,

Bull. 1994, I, n° 298 ; 1re Civ., 2 décembre 1997, pourvoi n° 95-16.653, *Bull.* 1997, I, n° 348).

L'œuvre de collaboration est, conformément à l'article L. 113-3, alinéa 1, du même code, « la propriété commune des coauteurs » et, comme le souligne la doctrine, n'est donc pas sans évoquer « une forme d'indivision » (C. Caron, « Droit d'auteur et droits voisins », *LexisNexis*, 5e édition, n° 225). Elle obéit à la règle de l'unanimité en application du deuxième alinéa de ce texte, qui énonce que « les coauteurs doivent exercer leurs droits d'un commun accord ».

Ces dispositions ont conduit la Cour de cassation à préciser les conditions de recevabilité de l'action en contrefaçon en présence d'une œuvre de collaboration.

Selon une jurisprudence bien établie, le coauteur d'une œuvre de collaboration qui agit en justice pour la défense de ses droits patrimoniaux est tenu, à peine d'irrecevabilité, de mettre en cause les autres auteurs de cette œuvre, dès lors que sa contribution ne peut être séparée de celle de ces derniers (1re Civ., 4 octobre 1988, pourvoi n° 86-19.272, *Bull.* 1988, I, n° 268 ; 1re Civ., 10 mai 1995, pourvoi n° 93-10.945 ; 1re Civ., 22 mars 2012, pourvoi n° 10-18.491). En revanche, chacun des coauteurs de l'œuvre est recevable à agir seul pour la défense de ses droits moraux, en raison de la nature éminemment personnelle de ces prérogatives (1re Civ., 4 octobre 1988, pourvoi n° 86-19.272, précité), à la condition, toutefois, que sa contribution puisse être individualisée (1re Civ., 21 mars 2018, pourvoi n° 17-14.728, publié au *Bulletin*).

La portée procédurale de l'article L. 113-3 du code de la propriété intellectuelle a plus récemment été étendue à l'hypothèse dans laquelle l'œuvre de collaboration est, non plus l'œuvre prétendument contrefaite, mais l'œuvre arguée de contrefaçon.

La première chambre civile de la Cour de cassation juge, en effet, désormais, qu'il appartient au demandeur à l'action en contrefaçon de mettre en cause l'ensemble des coauteurs de l'œuvre de collaboration prétendument contrefaisante, dès lors que leur contribution ne peut être séparée (1re Civ., 5 juillet 2006, pourvoi n° 04-18.336 ; 1re Civ., 12 mai 2011, pourvoi n° 10-14.646, *Bull.* 2011, I, n° 86). Une telle exigence s'impose quelle que soit la nature des droits d'auteur invoqués par le demandeur, de sorte qu'encourt la cassation un arrêt qui rejette la fin de non-recevoir tirée de l'absence de mise en cause de l'un des coauteurs de l'œuvre arguée de contrefaçon, au motif que le demandeur se prévaut uniquement d'une violation de son droit moral d'auteur (1re Civ., 30 septembre 2015, pourvoi n° 14-11.944, *Bull.* 2015, I, n° 226).

Le champ d'application de cette règle de recevabilité a, cependant, été circonscrit, la mise en cause de l'ensemble des coauteurs de l'œuvre de collaboration prétendument contrefaisante n'étant pas exigée lorsque l'action est dirigée exclusivement contre celui qui l'exploite (1re Civ., 11 décembre 2013, pourvoi n° 12-25.974, *Bull.* 2013, I, n° 241). La Cour de cassation a, ainsi, entendu permettre à celui qui invoque la violation de ses droits de propriété intellectuelle de se tourner vers l'exploitant de l'œuvre de collaboration arguée de contrefaçon, l'identification et la localisation de ses coauteurs et, le cas échéant, de leurs ayants droit, pouvant s'avérer particulièrement difficiles et, par suite, constituer un frein à la lutte contre la contrefaçon.

Par ailleurs, une autre question s'est élevée, relative au domaine de l'œuvre collective : le contrat conclu entre un artiste-interprète et un producteur pour la réalisation d'une

œuvre musicale destinée à accompagner une œuvre audiovisuelle relève-t-il de l'article L. 212-4, alinéa 1, du code de la propriété intellectuelle ?

Cette interrogation revêt une certaine importance alors que des œuvres audiovisuelles anciennes connaissent de nouvelles formes d'exploitation sur différents supports. Elle conduit à préciser la portée des droits exclusifs des artistes-interprètes et celle des droits des producteurs d'œuvres audiovisuelles.

Pour y répondre, il est nécessaire de citer deux articles du code de la propriété intellectuelle :

L'article L. 212-3, qui énonce le principe du droit exclusif dont les artistes-interprètes sont titulaires sur leur interprétation, dans les termes suivants : « Sont soumises à l'autorisation écrite de l'artiste-interprète la fixation de sa prestation, sa reproduction et sa communication au public, ainsi que toute utilisation séparée du son et de l'image de la prestation lorsque celle-ci a été fixée à la fois pour le son et l'image. »

L'article L. 212-4, qui apporte une exception au principe du droit exclusif, en prévoyant une présomption de cession au profit du producteur ainsi rédigée :

« La signature du contrat conclu entre un artiste-interprète et un producteur pour la réalisation d'une œuvre audiovisuelle vaut autorisation de fixer, reproduire et communiquer au public la prestation de l'artiste-interprète.

Ce contrat fixe une rémunération distincte pour chaque mode d'exploitation de l'œuvre. »

Le peu de précisions apportées par ce texte, qui ne fait référence qu'à « un artiste-interprète », à un « producteur » et à « une œuvre audiovisuelle », laquelle est définie par l'article L. 112-2, 6°, du code de la propriété intellectuelle comme étant constituée de « séquences animées d'images, sonorisées ou non », rend la fixation de sa portée d'autant plus délicate que celui-ci constitue une exception à un principe, qui, comme telle, commande une interprétation stricte.

Or, une question de ce type a été soumise à la Cour de cassation. Elle est née à propos de l'exploitation, sous forme de DVD et que l'Institut national de l'audiovisuel (INA) voulait réaliser, de l'enregistrement de l'interprétation de l'œuvre de Molière intitulée *Le bourgeois gentilhomme*, diffusée par l'ORTF le 28 décembre 1968. L'INA ayant refusé de verser à la Société de perception et de distribution des droits des artistes-interprètes de la musique et de la danse (SPEDIDAM) le montant des sommes qu'elle lui réclamait pour cette nouvelle exploitation, la SPEDIDAM, agissant dans l'intérêt des musiciens ayant participé à l'enregistrement de la bande son, l'a alors assigné en paiement sur le fondement de l'article L. 212-3 du code de la propriété intellectuelle.

L'INA s'est alors prévalu de la présomption de cession des droits d'interprétation au profit du producteur de l'œuvre audiovisuelle énoncée par l'article L. 212-4, alinéa 1, du même code.

Les décisions qui ont précédé celle qu'allait donner l'assemblée plénière ont adopté deux interprétations différentes de la portée de l'article L. 212-4, alinéa 1, précité :

– certaines ont considéré que l'interprétation de la partie musicale demeurait de nature musicale, indépendamment de la destination de l'enregistrement pour la bande sonore

d'un film, et que le contrat s'y rapportant ne pouvait, dès lors, être qualifié de contrat de production audiovisuelle, peu important dès lors que les musiciens aient été pleinement informés de la destination de l'enregistrement de leur interprétation ;

– d'autres ont estimé que l'article L. 212-4 visait, de manière générale, toutes les prestations données par un artiste en vue de la réalisation d'une œuvre audiovisuelle, y compris lorsqu'il s'agissait d'un enregistrement sonore, celui-ci faisant partie intégrante de l'œuvre ;

C'est cette dernière interprétation que l'assemblée plénière a adoptée : « L'exploitation de l'œuvre audiovisuelle sonorisée n'est pas soumise à l'autorisation de l'artiste-interprète de la composition musicale » (Ass. plén., 16 février 2018, pourvoi n° 16-14.292, publié au *Bulletin*). Pour ce faire, elle a adopté la motivation suivante :

« Attendu que l'arrêt relève que la feuille de présence signée par les musiciens-interprètes indiquait que l'enregistrement était destiné à être utilisé pour la bande sonore de l'œuvre audiovisuelle désignée dans la rubrique "titre de la production" par la mention *Le Bourgeois gentilhomme*, que l'œuvre était réalisée par le "service de production dramatique" de l'ORTF en vue d'une diffusion à la télévision et que ces musiciens étaient informés que la fixation de leur prestation était destinée à la réalisation de cette œuvre audiovisuelle ; que la cour d'appel en a exactement déduit que cette feuille de présence constituait un contrat conclu avec le producteur entrant dans les prévisions de l'article L. 212-4 du code de la propriété intellectuelle, de sorte que l'INA n'avait pas à solliciter une nouvelle autorisation pour l'exploitation de cette œuvre sous une forme nouvelle ; que le moyen n'est pas fondé ».

Enfin, s'agissant des droits respectifs des coauteurs d'une œuvre de collaboration, définie en application de l'article L. 113-3 alinéa 1, du code de la propriété intellectuelle comme « la propriété commune des coauteurs », il faut noter qu'ils nécessitent, pour leur exercice, l'unanimité. C'est ce qu'énonce l'alinéa 2 de ce même article : « les coauteurs doivent exercer leurs droits d'un commun accord ».

Il s'ensuit que le coauteur d'une œuvre de collaboration qui agit en justice pour la défense de ses droits patrimoniaux est tenu, à peine d'irrecevabilité, de mettre en cause les autres auteurs de cette œuvre, dès lors que sa contribution ne peut être séparée de celle des coauteurs.

Si ce principe ne s'applique pas à l'action engagée par un des auteurs en défense de son droit moral, c'est en raison du caractère personnel de celui-ci et à « la condition que sa contribution puisse être individualisée ; que, dans le cas contraire, il doit, à peine d'irrecevabilité, mettre en cause les autres auteurs de l'œuvre ou de la partie de l'œuvre à laquelle il a contribué » (1re Civ., 21 mars 2018, pourvoi n° 17-14.728, publié au *Bulletin*).

Il s'ensuit également que l'exploitation d'une œuvre de collaboration sans l'autorisation de tous ses coauteurs est une contrefaçon. Ainsi, « l'exploitation d'un logiciel par un de ses coauteurs sans le consentement de l'autre porte nécessairement atteinte aux droits de celui-ci et constitue une contrefaçon » (1re Civ., 15 juin 2016, pourvois n° 15-15.137et n° 14-29.741).

§ IV. Puissance de la propriété et intérêt(s) considéré(s) dans la communauté de biens

En droit des régimes matrimoniaux, le régime légal de la communauté prévoit que les gains et salaires des époux entrent en communauté (article 1401 du code civil).

Toutefois, la qualification de certaines sommes reçues au cours du mariage n'est pas aisée et la jurisprudence de la Cour de cassation est venue en préciser le statut. Ainsi en est-il de l'indemnité de licenciement d'un salarié : cette somme répare à la fois un préjudice matériel, résultant de la perte de l'emploi, mais aussi un préjudice moral. Cette nature mixte a-t-elle des conséquences sur la qualification, propre ou commune, de l'indemnité ?

On sait en effet qu'en application de l'article 1404 du code civil, forment des biens propres par nature tous les biens qui ont un caractère personnel et tous les droits exclusivement attachés à la personne de l'un des époux.

Dans une affaire où une cour d'appel avait qualifié de biens communs deux indemnités de licenciement reçues de ses anciens employeurs par une épouse au cours du mariage, celle-ci faisait valoir devant la Cour de cassation que cette qualification était erronée. Elle soutenait qu'il s'agissait d'indemnités exclusivement attachées à sa personne et que, par conséquent, la communauté, qui avait encaissé ces indemnités au cours du mariage, lui devait une récompense lors des opérations de partage.

Par un arrêt du 29 juin 2011, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi en retenant les arguments suivants :

– « les indemnités allouées à un époux tombent en communauté, à l'exception de celles qui sont exclusivement attachées à la personne du créancier ; qu'ayant constaté que l'indemnité versée à l'épouse par la société X, réparant l'ensemble de ses préjudices liés à la perte de son emploi, était globale et forfaitaire, la cour d'appel, qui n'avait pas à répartir cette indemnité entre le dommage matériel et le dommage moral, en a exactement déduit qu'elle était entrée en communauté, ladite indemnité n'ayant pas pour objet de réparer un dommage affectant uniquement la personne de la créancière » ;

– « l'indemnité allouée par la société Y, tendant à l'indemnisation d'un préjudice non seulement moral, mais de carrière, n'avait donc pas pour seul objet la réparation d'un dommage affectant uniquement la personne de l'épouse ; que la décision critiquée est légalement justifiée par ce seul motif » (1re Civ., 29 juin 2011, pourvoi nº 10-23.373, *Bull.* 2011, I, nº 135).

Il doit être conservé à l'esprit que, dans ce régime matrimonial, la présomption de communauté fonctionne avec une redoutable efficacité (article 1402 du code civil) : lorsque l'époux ne parvient pas à démontrer qu'un bien lui est propre, il tombe en communauté. Cette masse de biens est ainsi alimentée quotidiennement par les gains et salaires des époux et par tous les biens acquis au cours du mariage, dès lors qu'aucun époux ne peut établir que le bien lui est propre.

Ces mêmes principes directeurs ont conduit la Cour de cassation à statuer sur la qualification des droits résultant de l'attribution à un époux, au cours du mariage, d'une option de souscription ou d'achat d'actions, plus couramment désignés sous le vocable de stock-options.

Elle a retenu que, lorsqu'un époux marié sous le régime de la communauté légale reçoit, au cours du mariage, des stock-options, il s'agit de biens propres par nature puisqu'ils sont attachés à la qualité personnelle de salarié de l'époux.

Cependant, lorsque l'option d'achat d'actions est levée au cours du mariage, les actions acquises entrent en communauté puisqu'elles constituent un complément de rémunération de l'époux (1re Civ., 9 juillet 2014, pourvoi nº 13-15.948, *Bull.* 2014, I, nº 134). *A contrario*, il est possible d'en déduire que, si l'option d'achat est levée après la dissolution de la communauté, seul l'époux conservera le bénéfice des actions ainsi acquises.

Au moment du partage de la communauté, lequel intervient après un divorce, le décès d'un époux ou encore un changement de régime matrimonial au profit d'une séparation de biens, chaque époux reçoit la moitié de l'actif net de cette masse de biens.

Les biens dépendant de la communauté bénéficient en outre d'une protection particulière lorsque l'on envisage le décès de l'un des époux. Dans cette situation, la communauté devient une indivision post-communautaire soumise au régime légal de l'indivision (articles 815-2 à 815-16 du code civil). Il convient d'ajouter qu'avant le partage de cette indivision, les héritiers de l'époux décédé le premier, souvent ses enfants, et le conjoint survivant disposent de droits indivis et concurrents sur cette masse de biens.

Dans une affaire où une communauté avait été dissoute par le décès de l'époux, l'épouse survivante avait établi un testament-partage, répartissant notamment des anciens biens communs entre ses enfants et petits-enfants. Un litige est né à la suite du décès de l'épouse, quant à la validité de ce testament-partage.

Par un arrêt du 9 décembre 2009, la Cour de cassation a rappelé le principe selon lequel « l'ascendant ne peut inclure dans un testament-partage que les biens dont il a la propriété et la libre disposition et non ceux dépendant de la communauté dissoute mais non encore partagée ayant existé entre lui et son conjoint prédécédé ». Elle en a déduit, comme l'avait précédemment retenu la cour d'appel, que « l'acte litigieux s'analysait en un testament-partage et non en un testament emportant des legs particuliers et constaté que les immeubles attribués aux héritiers dépendaient de l'indivision post-communautaire, la cour d'appel […] en a exactement déduit que cet acte était nul, dès lors que [la veuve] n'avait pas le pouvoir de procéder unilatéralement au partage des biens indivis dont les enfants étaient déjà saisis comme héritiers de leur ascendant prédécédé » (1re Civ., 9 décembre 2009, pourvoi nº 08-17.351, *Bull.* 2009, I, nº 247).

En effet, au moment du décès de l'époux, sa succession s'ouvre immédiatement. Ses héritiers, ici ses enfants et son épouse survivante, reçoivent par l'effet de la saisine héréditaire (article 724 du code civil) des droits indivis dans la succession de l'époux. Cette succession se compose, d'une part, des biens propres de l'époux décédé, et d'une part de la communauté (une moitié, en principe). Toujours au moment du décès de l'époux, la communauté est dissoute et devient une indivision (on la désigne souvent comme l'indivision post-communautaire) détenue par l'épouse survivante et les héritiers de l'époux. La veuve n'ayant reçu que des droits indivis dans la succession de son époux et dans l'indivision post-communautaire, elle ne pouvait pas disposer seule, par un testament-partage, de ces biens.

Cet arrêt illustre la nécessité, et la difficulté, d'articuler le droit des régimes matrimoniaux, le régime légal de l'indivision et le droit des successions pour appréhender les

droits d'un conjoint survivant, puis de ses héritiers et/ou légataires, sur les biens ayant constitué la communauté. Dans de telles situations, le droit de propriété du conjoint survivant est borné par les droits concurrents des héritiers du premier conjoint décédé.

Section 2. Puissance de la propriété et considération des intérêts de communautés semi-ouvertes autour d'un bien

Il peut paraître tout à fait iconoclaste de parler de « communautés semi-ouvertes » autour d'un bien, tant l'expression semble renvoyer à la conception communautaire de l'ancien droit, rejetée par le droit « moderne » : les droits collectifs attribués à des « communautés » ont disparu (sauf biens communaux, résiduels). Cependant, la considération d'intérêts plus ou moins diffus de certains tiers continuent de s'exprimer au travers de différentes techniques juridiques, à l'instar de ceux des voisins (§ I), des usagers de cours d'eaux et de chemins d'exploitation (§ II) ou d'habitants (§ III). Ces techniques laissent plus ou moins apparaître un intérêt individuel ou collectif articulé avec l'exercice d'une propriété.

§ I. Puissance de la propriété et considération des intérêts du voisinage

Les intérêts des voisins sont considérés, dans le droit des biens, au titre de diverses servitudes destinées à assurer l'articulation de propriétés devenues proches dans un contexte de densité urbaine ou rurale : servitudes de vue (A), d'écoulement des eaux (B), ou encore de passage (C) notamment. Selon la définition générale qu'en donne l'article 637 du code civil, « *une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant* à *un autre propriétaire* ». Une servitude restreint donc l'usage du propriétaire du fonds servant sur son bien, au service d'un autre fonds. Elle connaît toutefois des limites. Elle ne peut ainsi aboutir à la dépossession (3e Civ., 24 mai 2000, pourvoi n° 97-22.255, *Bull.* 2000, III, n° 113 ; 3e Civ., 12 décembre 2007, pourvoi n° 06-18.288). De même, une servitude ne peut conférer le droit d'empiéter sur la propriété d'autrui (3e Civ., 1er avril 2009, pourvoi n° 08-11.079, *Bull.* 2009, III, n° 77 ; 3e Civ., 27 juin 2001, pourvoi n° 98-15.216, *Bull.* 2001, III, n° 87 ; 3e Civ., 12 juin 2003, pourvoi n° 01-14.371). Toutefois, l'assiette d'une servitude peut s'acquérir par prescription trentenaire. Il en va ainsi d'une servitude de passage (3e Civ., 20 novembre 1974, pourvoi n° 73-10.655, *Bull.* 1974, III, n° 426 ; ; 3e Civ., 29 octobre 1973, pourvoi n° 72-12.166, *Bull.* 1973, III, n° 557 ; 3e Civ., 27 octobre 2004, pourvoi n° 03-14.603, *Bull.* 2004, III, n° 185) ou d'une servitude de surplomb (3e Civ., 12 mars 2008, pourvoi n° 07-10.164, *Bull.* 2008, III, n° 47). De même, une servitude de vue, servitude continue et apparente, peut s'acquérir par prescription (3e Civ., 22 mai 2013, pourvoi n° 12-14.805).

A. Les servitudes de vue

Plus précisément, à l'égard des servitudes de vue, l'article 678 du code civil interdit l'ouverture de vues droites sur un fonds voisin s'il n'y a 19 décimètres (soit 1,90 mètre) de distance entre le mur où sont établies ces ouvertures et le fonds voisin, tandis que l'article 679 interdit les vues obliques à moins de six décimètres (soit 0,60 mètre) de distance.

Ces dispositions sont destinées à éviter le risque d'indiscrétion d'un propriétaire sur le fonds de son voisin. Mais, dans une interprétation stricte, inspirée par le souci de limiter les atteintes au droit de propriété, la jurisprudence en limite la portée aux seules propriétés contiguës (3e Civ., 21 décembre 1987, pourvoi nº 86-16.177, *Bull.* 1987, III, nº 217 ; 3e Civ., 22 mars 1989, pourvoi nº 87-16.753, *Bull.* 1987, III, nº 74). Et, lorsque les deux propriétés sont séparées par un espace privé commun, par exemple un chemin d'exploitation, elle décide que la distance légale doit alors être calculée non à partir de la ligne séparative des deux fonds (au milieu de la voie commune), mais de l'autre côté de celle-ci. La distance est ainsi repoussée à la limite opposée de l'espace commun (3e Civ., 12 avril 1972, pourvoi nº 70-13.213, *Bull.* 1972, III, nº 217 ; 3e Civ., 14 janvier 2004, pourvoi nº 02-18.564, *Bull.* 2004, III, nº 9) afin de renforcer la protection de l'intimité entre voisins.

Un arrêt récent (3e Civ., 23 novembre 2017, pourvoi nº 15-26.240 et nº 15-26.761, *Bull.* 2017, III, nº 130) a rappelé que la contiguïté des fonds était nécessaire à l'application des règles de distance, même en présence d'un espace privé commun séparant les fonds, dans une espèce où la cour d'appel avait ordonné la suppression de vues droites donnant sur un tel espace après avoir retenu qu'aucun des voisins n'en était propriétaire ce dont il résultait que leurs fonds n'étaient pas contigus.

La cassation de cet arrêt réaffirme donc qu'il est possible d'ouvrir des vues sans respecter les distances légales sur un espace commun séparant deux propriétés dès lors que cet espace n'appartient à aucun des propriétaires voisins.

Cette jurisprudence est à rapprocher de celle qui décide que la présence d'une voie publique fait obstacle à l'application des dispositions sur les servitudes de vue (3e Civ., 28 septembre 2005, pourvoi nº 04-13.942, *Bull.* 2005, III, nº 188).

Par ailleurs, à l'occasion d'une affaire dans laquelle des propriétaires soutenaient que leurs voisins avaient édifié un toit-terrasse empiétant sur un mur privatif et offrant une vue directe sur leur fonds, la Cour a posé les limites de l'empiétement. Les voisins avaient en effet été assignés en démolition du toit-terrasse et suppression de la vue (3e Civ., 23 novembre 2017, pourvoi nº 16-20.521). La cour d'appel avait rejeté ces demandes en retenant la prescription trentenaire de la servitude de vue et de la construction du toit-terrasse. L'arrêt est cassé. En effet, d'une part, les juges avaient constaté que le toit-terrasse résultait d'une transformation du toit déjà existant sans préciser si cette modification avait entraîné un empiétement illicite dont seule l'assiette et non la construction pouvait faire l'objet d'une prescription acquisitive. D'autre part, la formulation maladroite de l'arrêt impliquait que la servitude de vue conférait le droit d'empiéter sur le terrain voisin, contrairement à une jurisprudence constante.

B. Les servitudes d'écoulement des eaux

Également, selon l'article 640 du code civil « les fonds inférieurs sont assujettis envers ceux qui sont plus élevés à recevoir les eaux qui en découlent naturellement sans que la main de l'homme y ait contribué ». La servitude légale d'écoulement des eaux impose donc au propriétaire du fonds inférieur de recevoir les eaux provenant du fonds supérieur selon la pente naturelle du terrain. Cette servitude, qui résulte de la configuration naturelle des lieux (1re Civ., 2 mars 1960, *Bull.* 1960, I, nº 144), concerne toutes les eaux de ruissellement et pas uniquement les eaux de pluie, sous réserve de l'absence de toute inter-

vention humaine. Elle s'applique donc aux eaux naturelles mais non aux eaux ménagères ou industrielles (1re Civ., 1er juin 1965, no 63-13.582, *Bull.* 1965, I, no 362 ; 3e Civ., 4 juin 1975, pourvoi no 74-10.777 *Bull.* 1975, III, no 194 ; 3e Civ., 16 octobre 2012, pourvoi no 11-20.592) ou altérées par le fait de l'homme (1re Civ., 4 décembre 1963, *Bull.* 1963, I, no 535 ; 3e Civ., 20 décembre 1994, pourvoi no 93-11.472). Elle ne peut donner lieu à indemnisation au profit du propriétaire du fonds inférieur, sauf dans l'hypothèse d'une aggravation de la servitude (3e Civ., 14 décembre 1983, pourvoi no 82-14.476, *Bull.* 1983, III, no 264 ; 3e Civ., 2 février 2000, pourvoi no 97-14.935, *Bull.* 2000, III, no 25). Et, en cas d'aggravation imputable au propriétaire du fonds supérieur, le propriétaire du fonds inférieur ne peut être contraint d'accepter la réalisation d'un ouvrage sur son propre fonds (3e Civ., 29 septembre 2010, pourvoi no 09-69.608, *Bull.* 2010, III, no 177.

Par suite, l'écoulement normal des eaux de pluie ne peut constituer un trouble anormal de voisinage ou un trouble manifestement illicite qu'il reviendrait au juge des référés de faire cesser. C'est ce qu'a rappelé la troisième chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 30 mars 2017 (3e Civ., 30 mars 2017, pourvoi no 15-29.341). Une cour d'appel, statuant en référé, constatant que l'écoulement des eaux avait provoqué, par capillarité, des désordres sur le mur d'une maison située sur un fonds inférieur, en avait déduit l'existence d'un trouble anormal de voisinage. Son arrêt est cassé pour défaut de base légale : les juges devaient rechercher si les désordres résultaient de l'exercice normal de la servitude d'écoulement des eaux ou d'une intervention humaine entraînant un trouble anormal de voisinage.

D'autres textes que ceux du code civil ont institué des servitudes légales portant sur l'acheminement et l'écoulement des eaux. Tel est l'objet des articles L. 152-14 et L. 152-15 du code rural et de la pêche maritime qui organisent le passage sur des fonds privés de canalisations souterraines destinées à amener des eaux potables ou d'irrigation ou à évacuer des eaux usées.

Selon l'article L. 152-14, alinéa 1 : « Toute personne physique ou morale, qui veut user pour l'alimentation en eau potable, pour l'irrigation ou, plus généralement, pour les besoins de son exploitation, des eaux dont elle a le droit de disposer, peut obtenir le passage par conduite souterraine de ces eaux sur les fonds intermédiaires, dans les conditions les plus rationnelles et les moins dommageables à l'exploitation présente et future de ces fonds, à charge d'une juste et préalable indemnité. » Il s'agit de la servitude dite d'aqueduc dont l'objet est d'acheminer toutes les eaux nécessaires à l'exploitation d'un fonds. Le texte ajoute, en son deuxième alinéa : « Sont exceptés de cette servitude les habitations et les cours et jardins y attenant ».

L'article L. 152-15 dispose, s'agissant des eaux ainsi utilisées : « Les propriétaires des fonds inférieurs doivent recevoir les eaux qui s'écoulent des terrains ainsi arrosés, sauf l'indemnité qui peut leur être due. »

Sont exceptés de cette servitude les habitations et les cours, jardins, parcs et enclos y attenant.

Les eaux usées, provenant des habitations alimentées et des exploitations desservies en application de l'article L. 152-14, peuvent être acheminées par canalisation souterraine vers des ouvrages de collecte et d'épuration sous les mêmes conditions et réserves énoncées à l'article L. 152-14, concernant l'amenée de ces eaux. »

Il a été jugé que la nature des terrains exclus de l’assiette de ces servitudes devait être appréciée à la date de la pose des canalisations (3e Civ., 17 juillet 1997, pourvoi no 95-14.821) et que la canalisation d’évacuation des eaux usées devait aboutir à un système de collecte et d’épuration (3e Civ., 30 juin 2004, pourvoi no 03-11.337).

À l’occasion d’une affaire récente (3e Civ., 31 mars 2016, pourvoi no 14-22.259, *Bull.* 2016, III, no 47), la Cour de cassation a jugé que la servitude d’écoulement des eaux usées de l’article L. 152-15 suppose la reconnaissance de la servitude d’aqueduc de l’article L. 152-14. Pour rejeter la demande, la cour d’appel avait retenu que « les eaux usées provenant des habitations alimentées en eau potable peuvent être acheminées, en application de l’article L. 152-15, alinéa 3, sur les fonds intermédiaires par canalisation souterraine vers des ouvrages de collecte et d’épuration ». Elle avait donc considéré que les deux servitudes d’adduction et d’évacuation étaient autonomes. Son arrêt est cassé au double motif que les juges devaient rechercher l’existence préalable d’une servitude d’aqueduc et vérifier si les terrains traversés étaient exceptés de l’assiette de la servitude d’écoulement des eaux usées en raison de leur nature.

Dans un domaine très différent, le code civil organise les rapports entre les propriétaires riverains du bief d’un moulin ou d’un ouvrage hydraulique. Le bief, selon la définition figurant dans le *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu, est le « canal de dérivation d’une rivière qui amène l’eau à un ouvrage hydraulique (canal d’amenée) ou qui l’en emmène (canal de fuite) ». En d’autres termes, il s’agit de la partie d’une rivière qui est indispensable au fonctionnement de l’ouvrage et qui en constitue l’accessoire nécessaire.

C’est l’article 546 du code civil qui, selon une jurisprudence constante, permet de résoudre la question de la propriété du bief à défaut de titre de propriété explicite au profit du propriétaire de l’ouvrage (moulin, usine). Ce texte dispose : « La propriété d’une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu’elle produit, et sur ce qui s’y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement. Ce droit s’appelle droit d’accession ».

Toutefois, pour que ce droit bénéficie au propriétaire de l’ouvrage alimenté par le bief, la jurisprudence exige la réunion de plusieurs conditions. Il faut, d’abord, que l’ouvrage soit effectivement exploité (3e Civ., 25 octobre 1968, *Bull.* 1968, III, no 419 ; 3e Civ., 27 janvier 1976, pourvoi no 74-14.310, *Bull.* 1976, III, no 32 ; 3e Civ., 4 mai 2010, pourvoi no 09-66.337 ; 3e Civ., 22 mars 2011, pourvoi no 10-14.645) Il faut, ensuite, qu’il soit exploité au profit exclusif du propriétaire de l’ouvrage (3e Civ., 3 octobre 1969, *Bull.* 1969, III, no 621 ; 3e Civ., 26 octobre 1971, *Bull.* 1971, III, no 507 ; 3e Civ., 7 novembre 1975, pourvoi no 73-14.087, *Bull.* 1975, III, no 32 ; 3e Civ., 10 juillet 2002, pourvoi no 00-13.365). Il faut, enfin, que le canal soit un canal artificiellement créé pour les besoins de l’ouvrage (3e Civ., 27 mars 1969, *Bull.* 1969, III, no 270 ; 3e Civ., 5 mai 1975, pourvoi no 74-11.580, *Bull.* 1975, III, no 153 ; Soc., 5 janvier 1978, pourvoi no 77-60.610, *Bull.* 1978, V, no 13 ; 3e Civ., 15 mai 1991, pourvoi no 90-12.010 ; 3e Civ., 10 juillet 2002, pourvoi no 00-13.365 ; 3e Civ., 12 juillet 2006, pourvoi no 05-14.001, *Bull.* 2006, III, no 172 ; 3e Civ., 12 juillet 2006, pourvoi no 05-14.000). Cette présomption s’applique aussi aux francs-bords (les berges) lorsqu’ils constituent l’accessoire du bief.

La Cour de cassation a rappelé récemment (3e Civ., 20 octobre 2016, pourvoi no 15-20.044, *Bull.* 2016, III, no 138) que cette présomption est écartée lorsque le canal recueille la totalité des eaux d’un cours d’eau qui se trouve ainsi totalement réaménagé.

Cette position est ancienne (1re Civ., 28 janvier 1957, *Bull.* 1957, I, nº 41 ; 3e Civ., 7 novembre 1975, pourvoi nº 73-14.087, *Bull.* 1975, III, nº 325 ; ; 3e Civ., 12 juillet 2006, pourvois nº 05-14.000 et nº 05-14.001 précités).

En l'espèce, les propriétaires d'un moulin, devant le refus de leurs voisins de les laisser accéder aux berges du bief pour assurer leur entretien, les avaient assignés en revendication de la propriété des berges par accession. La cour d'appel, constatant que le bief alimentant le moulin avait recueilli la totalité des eaux de la rivière, en avait déduit que la propriété du bief et de ses francs-bords ne pouvait en être acquise par accession sur le fondement de l'article 546 du code civil. Cette motivation est approuvée. Dès lors que le bief est entièrement réaménagé pour devenir le lit naturel du cours d'eau, il cesse d'être un canal de dérivation accessoire au fonctionnement de l'ouvrage hydraulique. N'étant plus un ouvrage artificiel, il ne peut faire l'objet d'une appropriation par le propriétaire de l'installation desservie par le cours d'eau.

C. Les servitudes de passage

Enfin, une servitude de passage, qui constitue une charge pour le propriétaire du fonds servant, doit permettre un désenclavement complet du fonds dominant. À cet égard, il est jugé qu'il y a enclave lorsque l'accès à la voie publique impose au propriétaire du fonds enclavé des travaux d'un coût excessif par rapport à la valeur de sa propriété (1re Civ., 16 février 1966, *Bull.* 1966, I, nº 125 ; 3e Civ., 11 décembre 1969, *Bull.* 1969, III, nº 834 ; 3e Civ., 4 juin 1971, pourvoi nº 70-11.857, *Bull.* 1971, III, nº 359 ; 3e Civ., 8 avril 1999, pourvoi nº 97-11.716, *Bull.* 1999, III, nº 93 ; 3e Civ., 9 mars 1976, pourvoi nº 74-15.228, *Bull.* 1976, III, nº 107 ; 3e Civ., 8 octobre 1986, pourvoi nº 84-17.331, *Bull.* 1986, III, nº 138 ; 3e Civ., 8 juillet 2009, pourvoi nº 08-11.745, *Bull.* 2009, III, nº 178). Le critère, pour déterminer le caractère suffisant de la desserte, est celui d'une utilisation normale, compte tenu des besoins du propriétaire de la parcelle enclavée (1re Civ., 2 mai 1961, *Bull.* 1961, I, nº 220 ; 3e Civ., 4 février 1987, pourvoi nº 85-17.595, *Bull.* 1987, III, nº 21 ; 3e Civ., 25 juin 1997, pourvoi nº 95-15.772, *Bull.* 1997, III, nº 157. C'est dire que la notion de desserte suffisante ou normale peut évoluer au fil du temps. Ainsi, les besoins actuels de la vie moderne impliquent un accès en véhicule automobile (3e Civ., 28 octobre 1974, pourvoi nº 73-12.270, *Bull.* 1974, III, nº 387 ; 3e Civ., 19 mai 1993, pourvoi nº 91-14.819, *Bull.* 1993, III, nº 71). On rappellera que les juges apprécient souverainement l'état d'enclave (3e Civ., 27 février 1974, pourvoi nº 72-14.016, *Bull.* 1974, III, nº 96 ; 3e Civ., 16 juillet 1974, pourvoi nº 73-12.580, *Bull.* 1974, III, nº 309 ; 3e Civ., 16 juillet 1974, pourvoi nº 73-11.370, *Bull.* 1974, III, nº 310 ; 3e Civ., 23 novembre 1976, pourvoi nº 75-10.968, Bull. 1976, III, nº 420 ; 3e Civ., 10 juillet 1984, pourvoi nº 83-12.215, *Bull.* 1984, III, nº 139 ; 3e Civ., 13 décembre 1983, pourvoi nº 82-15.224, *Bull.* 1983, nº 260 ; 3e Civ., 27 octobre 1993, pourvoi nº 91-16.433, *Bull.* 1993, III, nº 134 ; 3e Civ., 5 mai 1993, pourvoi nº 91-12.833, *Bull.* 1993, III, nº 62).

Un arrêt de la troisième chambre civile (3e Civ., 14 janvier 2016, pourvoi nº 14-25.089, *Bull.* 2016, III, nº 12) vient de rappeler ces principes bien établis. Des propriétaires avaient assigné leurs voisins en revendication d'une servitude de passage pour cause d'enclave. Ils faisaient notamment valoir que le seul accès à leur propriété était constitué par un escalier escarpé de quatre-vingt-dix-neuf marches. La cour d'appel avait rejeté leur demande en retenant que « si l'approche de la maison en véhicule est impossible par cet escalier, l'accès à la propriété reste possible moyennant certains aménage-

ments ». L'arrêt est cassé pour violation de l'article 682 du code civil au motif que « l'accès par un véhicule automobile correspond à l'usage normal d'un fonds destiné à l'habitation ».

L'article 703 du code civil dispose que les servitudes cessent lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user. Afin d'assurer au titulaire de la servitude la pleine sécurité de son titre, la jurisprudence estime que son extinction ne peut résulter que de l'impossibilité et non de la simple inutilité de son usage (3e Civ., 3 novembre 1981, pourvoi nº 80-13.896, Bull. 1981, III, nº 178 ; 3e Civ., 27 mai 1998, pourvoi nº 96-12.898 ; 3e Civ., 10 février 1976, pourvoi nº 74-13.597, *Bull.* 1976, III, nº 60). Cette interprétation est parfois contestée par des auteurs qui soutiennent que l'article 637 prévoit que la servitude est une charge grevant un fonds pour l'usage et l'utilité d'un autre fonds. Mais d'autres commentateurs soutiennent que la notion d'inutilité est incertaine et que son application pourrait multiplier les contentieux. Ils font également valoir que l'extinction d'une servitude conventionnelle pour inutilité rendrait cette convention aléatoire.

S'agissant de la servitude de passage, l'article 685-1 du code civil prévoit encore que « le propriétaire du fonds servant peut, à tout moment, invoquer l'extinction de la servitude si la desserte du fonds dominant est assurée dans les conditions de l'article 682 ». Mais la jurisprudence considère que ce texte ne s'applique pas aux servitudes conventionnelles (3e Civ., 27 février 1974, pourvoi nº 72-14.016, *Bull.* 1974, III, nº 96 ; 3e Civ., 16 juillet 1974, pourvoi nº 73-12.580, *Bull.* 1974, nº 309 ; 3e Civ., 27 mars 1979, pourvoi nº 77-15.736, *Bull.* 1979, III, nº 78 ; 3e Civ., 5 mai 1993, pourvoi nº 91-12.833, *Bull.* 1993, III, nº 62 ; 3e Civ., 27 octobre 1993, pourvoi nº 91-16.433, *Bull.* 1993, III, nº 134).

La règle est à rechercher dans le fait que l'article 685-1 ne concerne que la disparation du titre légal fondant la servitude de passage et est étranger aux conventions qui font la loi des parties. Il n'en est autrement que si la convention n'a d'autre objet que de fixer l'assiette et les modalités d'exercice de la servitude et est donc exclusivement fondée sur l'état d'enclave (3e Civ., 16 juillet 1974, pourvoi nº 73-11.370, *Bull.* 1974, III, nº 310 ; 3e Civ., 13 décembre 1983, pourvoi nº 82-15.224, *Bull.* 1983, III, nº 260 ; 3e Civ., 23 novembre 1976, pourvoi nº 75-10.968, *Bull.* 1976, III, nº 420 ; 3e Civ., 10 juillet 1984, pourvoi nº 83-12.215, *Bull.* 1984, III, nº 139 ; 3e Civ., 14 décembre 2005, pourvoi nº 04-14.495, *Bull.* 2005, III, nº 251).

Le principe selon lequel l'inutilité de la servitude ne suffit pas à entraîner son extinction a été rappelé à plusieurs occasion récentes (3e Civ., 28 septembre 2005, pourvoi nº 04-14.558, *Bull.* 2005, III, nº 186 ; 3e Civ., 25 octobre 2011, pourvoi nº 10-25.906 ; 3e Civ., 17 septembre 2013, pourvoi nº 12-20.724).

Dans la dernière affaire citée, un propriétaire avait revendiqué l'extinction d'une servitude conventionnelle de passage sur plusieurs de ces parcelles. Pour accueillir cette demande la cour d'appel avait retenu que le fonds dominant n'avait plus de vocation agricole, qu'il existait un chemin menant à une voie communale et que cet accès rendait inutile la servitude pour cause d'exploitation de terres agricoles. L'arrêt a été censuré faute pour les juges de constater que le bénéficiaire de la servitude était dans l'impossibilité d'en user.

§ II. Puissance de la propriété et considération de l'intérêt des usagers de cours d'eaux et de chemins d'exploitation

Les différents usages des cours d'eau non domaniaux (A) et des chemins d'exploitation (B) donnent lieu à des articulations avec l'exercice du droit de propriété. La « communauté » considérée dépasse (pour les cours d'eau), ou tend à dépasser (pour les chemins d'exploitation) celle de proximité.

A. Libre circulation sur les cours d'eau et droit de propriété des riverains

L'eau est, de longue date, considérée comme une *res communis,* autrement dit une chose « dont l'usage appartient à tous et que nul ne peut s'approprier individuellement » (*Vocabulaire juridique*, sous la direction de G. Cornu, PUF). L'article L. 210-1 du code de l'environnement affirme ainsi solennellement que « *l'eau fait partie du patrimoine commun de la nation* » et que, « *dans le cadre des lois et règlements ainsi que des droits antérieurement* établis ,*l'usage de l'eau appartient* à *tous* ».

De cette nature de « chose commune » découle le principe de libre circulation sur les cours d'eau des engins nautiques de loisir non motorisés, affirmé pour la première fois par la loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau et repris à l'article L. 214-12 du code de l'environnement.

Mais ce principe doit être concilié avec les droits des propriétaires riverains des cours d'eau non domaniaux, c'est-à-dire de ceux dont la propriété longe un cours d'eau ne dépendant pas du domaine public, sans en être séparée par une digue, un chemin ou un fossé appartenant à autrui (voir, pour cette définition : CE, 29 juin 1903, Syndicat des rivières de Clères et de Tailly, *Recueil Lebon,* p. 484).

Tenus à une obligation d'entretien régulier du cours d'eau, en application de l'article L. 215-14 du code de l'environnement, ces propriétaires riverains bénéficient, en contre-partie, de droits privatifs.

Conformément à l'article L. 215-2 du code de l'environnement, ils sont propriétaires du lit.

Ils sont, en outre, titulaires d'un droit d'usage sur les eaux non domaniales. Cette prérogative, prévue à l'article 644 du code civil, permet à « *celui dont la propriété borde une eau courante, autre que celle qui est déclarée dépendance du domaine public* », […] « *[de] s'en servir* à *son passage pour l'irrigation de ses propriétés », et* à » *celui dont cette eau traverse l'héritage […] [d'] en user dans l'intervalle qu'elle y parcourt, mais* à *la charge de la rendre,* à *la sortie de ses fonds,* à *son cours ordinaire* ». L'article L. 215-1 du code de l'environnement est, cependant, venu préciser que l'exercice de ce droit est subordonné au respect des « dispositions des règlements et des autorisations émanant de l'administration ».

L'article L. 215-7 du même code dispose, en effet, que « *l'autorité administrative est chargée de la conservation et de la police des cours d'eau non domaniaux* » et qu'« *elle prend toutes dispositions pour assurer le libre cours des eaux* », tout en énonçant que, « *dans tous les cas, les droits des tiers sont et demeurent réservés* ». L'article L. 215-8

ajoute que cette réglementation doit « *concilier les intérêts des diverses catégories d'utilisateurs de leurs eaux avec le respect dû* à *la propriété et aux droits et usages antérieurement* établis ». En l'absence de schéma d'aménagement et de gestion des eaux, c'est au préfet que l'article L. 214-12, précité, confie le soin de réglementer la circulation, sur les cours d'eau non domaniaux, des engins nautiques de loisir non motorisés. Il s'agit, en réalité, d'organiser le « partage des usages », dans un contexte d'« explosion des activités de loisirs » (S. Le Briero, « Gestion équilibrée de la ressource en eau et navigation des engins non motorisés sur les cours d'eau non domaniaux », Environnement 2005, comm. 39).

Le contentieux auquel donne lieu l'application de ces dispositions est partagé entre les deux ordres de juridiction.

La juridiction administrative a compétence pour apprécier la légalité des prescriptions édictées par l'autorité administrative en vertu de ses pouvoirs de police spéciale. Elle vérifie que le préfet a opéré une conciliation raisonnable entre les différents intérêts en présence et, en particulier, entre les intérêts des propriétaires riverains et ceux des utilisateurs du cours d'eau (voir, par exemple, en ce sens : CE, 20 mars 1991, n° 98220, publié au *Recueil Lebon*, p. 95 ; CE, 28 juillet 1995, *Fédération française de canoë-kayak et disciplines associées*, n° 151854, inédit au *Recueil Lebon*). Encourent ainsi l'annulation des dispositions réglementaires qui conduiraient à instituer une interdiction générale et absolue de navigation ou à soumettre la circulation des embarcations à une autorisation préalable (CE, 3 juillet 1987, n° 61915, publié au *Recueil Lebon* ; CE, 13 novembre 1992, n° 106788, publié au *Recueil Lebon*).

La juridiction judiciaire a, quant à elle, compétence pour se prononcer sur l'étendue des droits du propriétaire riverain. C'est ainsi que la Cour de cassation a jugé que le riverain qui avait installé des barrages sur le cours d'eau non domanial traversant sa propriété, pour empêcher le passage d'engins nautiques non motorisés, avait outrepassé ses droits, seule l'autorité administrative pouvant mettre en œuvre des mesures tendant à concilier la liberté de navigation et les droits des riverains (2e Civ., 29 mars 2006, pourvoi n° 04-19.397 ; et voir son commentaire par P. Billet, « Le riverain d'un cours d'eau ne peut pas empêcher la circulation des embarcations », *JCP* 2006, éd. A, p. 1211). Plusieurs juridictions du fond ont, en outre, implicitement admis leur compétence pour ordonner des mesures tendant à faire cesser l'atteinte portée au droit de propriété des riverains du fait du « *piétinement continu du lit* » ou de « *l'embarquement ou débarquement sur les berges* » par les pratiquants d'activités nautiques (voir, par exemple : CA Riom, 1re chambre civile, 4 juin 1992, AN Rafting e. a. c. Association TOS e. a. ; CA Bordeaux, 1re chambre civile, 8 mars 2000, Consorts C. c. Ligue régionale d'Aquitaine de canoë-kayak, *JCP 2000*, éd. G, p. 2570).

Mais les mesures ordonnées par le juge judiciaire pour faire cesser le préjudice subi par les propriétaires riverains ne peuvent contrarier les prescriptions édictées par le préfet, en vertu des pouvoirs de police spéciale qu'il détient pour réglementer la circulation des engins nautiques de loisir non motorisés sur les cours d'eau non domaniaux et, plus généralement, pour réglementer la navigation et assurer la conservation des eaux. En effet, comme en matière de police des installations classées pour la protection de l'environnement (IPCE) ou de police des communications électroniques, le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires s'oppose à ce que le juge judiciaire substitue sa propre appréciation à celle portée par l'autorité administrative (voir, notam-

ment, en ce sens, pour les IPCE : 1re Civ., 13 juillet 2004, pourvoi nº 02-15.176, *Bull.* 2004, I, nº 209 ; 1re Civ., 25 janvier 2017, pourvoi nº 15-25.526, *Bull.* 2017, I, nº 28 ; et, pour les antennes-relais de téléphonie mobile : TC, 14 mai 2012, M. B. c. Société Orange, nº C3844 ; 1re Civ., 17 octobre 2012, pourvoi nº 11-19.259, *Bull.* 2012, I, nº 208).

Il importe, dès lors, de faire le départ entre les mesures que le juge judiciaire a le pouvoir d'ordonner et celles qui relèvent des pouvoirs de police administrative du préfet, sous le contrôle du juge administratif (voir, par exemple : 3e Civ., 12 février 1974, pourvoi nº 72-14.671, *Bull.* 1974, III, nº 72, qui admet la compétence de la juridiction judiciaire pour ordonner, à la demande des riverains d'un cours d'eau non domanial, à une société privée de prendre toute mesure destinée à mettre fin à la pollution des eaux provenant de ses installations industrielles).

La Cour de cassation a récemment eu l'occasion de rappeler les principes qui gouvernent ce partage de compétence. Saisie d'un pourvoi dans une affaire opposant le propriétaire d'un moulin à rivière à des sociétés ayant pour activité la location de canoës-kayaks, elle a affirmé que, « *s'il appartient* à *l'autorité administrative chargée de la conservation et de la police des cours d'eau non domaniaux de réglementer, sous le contrôle du juge administratif, la circulation, sur ces cours d'eau, des engins nautiques de loisir non motorisés, la juridiction judiciaire a compétence pour connaître des atteintes portées par des personnes privées au droit de propriété des riverains et prononcer les mesures propres* à *les faire cesser,* à *condition que ces mesures ne constituent pas une entrave au principe de libre circulation posé par la loi ni ne contrarient les prescriptions* édictées *,le cas* échéant *,par l'administration* » (1re Civ., 31 janvier 2018, pourvoi nº 16-28.508, *Bull.* 2018, I, nº 16). Elle a, en conséquence, cassé et annulé l'arrêt par lequel une cour d'appel avait décliné la compétence de la juridiction judiciaire pour connaître de la demande tendant à voir interdire le passage des utilisateurs de canoës-kayaks sur les berges et le barrage appartenant au propriétaire riverain du cours d'eau non domanial en cause, une telle mesure n'étant pas de nature à entraver la libre circulation sur le cours d'eau et ne portant pas atteinte aux prescriptions édictées par l'administration, inexistantes en l'espèce.

Ces règles de compétence ne sont, en définitive, que le reflet de la tension existant entre le droit de propriété et l'usage commun.

B. Extension de l'usage des chemins d'exploitation et droit du propriétaire

Les chemins d'exploitation, envisagés aux seuls articles L. 162-1 à 5 du code rural et de la pêche maritime, constituent une autre occurrence, qui voit les droits du propriétaire limités par un intérêt collectif. L'article L. 162-1, qui a fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité (non-lieu à transmission, 3e Civ., 14 janvier 2016, pourvoi nº 15-20.286), rappelle en effet qu'ils sont établis exclusivement pour servir à la communication des fonds entre eux, et à leur exploitation. Cette nature fonctionnelle n'est d'ailleurs pas sans poser parfois certaines difficultés d'application en particulier pour apprécier la nature d'un chemin qui, tout en assurant la communication des fonds entre eux et leur exploitation, permettrait également de rejoindre la voirie publique (3e Civ., 14 janvier 2016, pourvoi nº 14-22.350 ; 3e Civ., 19 juin 2002, pourvoi nº 00-10.468). En principe, ils doivent servir exclusivement à la communication et l'exploitation (3e Civ.,

21 janvier 2009, pourvoi n° 08-10.208, *Bull.* 2009, III, n° 20 ; 3e Civ., 8 octobre 2015, pourvoi n° 14-19.544), mais il arrive que la Cour de cassation lise « exclusivement » comme signifiant « essentiellement » (3e Civ., 27 septembre 2011, pourvoi n° 10-21.514), dans un domaine marqué par le large pouvoir souverain reconnu aux juges du fond pour apprécier des situations de « terrain » (3e Civ., 27 janvier 2004, pourvoi n° 02-18.959).

Initialement, ils étaient perçus comme une propriété indivise, mais, pour éviter l'application des règles relatives à la licitation en cas de suppression du chemin, la loi du 20 août 1881 relative au code rural a finalement écarté ce régime en faveur d'une présomption de propriété, jusqu'à preuve contraire, de chaque riverain, « chacun en droit soi ». C'est donc bien seulement l'usage du chemin qui est commun entre ses riverains, le sol du chemin restant une propriété privative.

Ce régime pose évidemment la question de l'utilisation de ce chemin par le public. On pouvait penser que la nature fonctionnelle du chemin d'exploitation réserverait par principe son usage à ses seuls riverains ; mais une telle affirmation n'apparaît guère réaliste dans un espace rural largement ouvert. C'est pourquoi l'article L. 162-1 du code rural et de la pêche maritime semble admettre que ces chemins sont par principe accessibles au public, tout en précisant que les propriétaires peuvent en interdire l'accès aux non-bénéficiaires. Cela concerne les propriétaires voisins, mais non riverains (3e Civ., 3 octobre 2007, pourvoi n° 06-19.454, *Bull.* 2007, n° 169), mais aussi un public plus large, en particulier, lorsqu'un des propriétaires (l'Office national des forêts (3e Civ., 9 février 2017, précité) ; le Conservatoire du littoral (3e Civ., 17 novembre 2016, pourvoi n° 15-19.950), a parmi ses diverses missions celle de permettre au public de profiter des espaces naturels qui lui sont confiés : admettre que toute personne puisse emprunter, « du chef du Conservatoire du littoral » (*sic,* n° 15-19.950 précité), le chemin en question, hors de tout contexte d'exploitation mais dans le seul but de la « promenade », pouvait conduire à imposer des charges lourdes aux autres riverains et faire oublier l'idée originelle d'exploitation. La troisième chambre civile de la Cour de cassation n'avait alors pas affronté directement cette question, se contentant de rappeler, pour casser l'arrêt, qu'aucun public n'avait, à quelque titre que ce soit, un droit définitif à emprunter un chemin d'exploitation, puisque l'article L. 162-1 réservait précisément la possibilité pour les riverains d'en interdire l'accès audit public.

Mais cette dernière décision laissait sans réponse la question de savoir de quelle manière les riverains pouvaient concrètement interdire le chemin au public.

Faut-il, pour cela, réunir une unanimité des bénéficiaires, ou une simple majorité, ou encore chacun d'entre eux, « en droit soi » dispose-t-il de la possibilité d'interdire le passage au public ?

L'arrêt du 29 novembre 2018 (3e Civ., 29 novembre 2018, pourvoi n° 17-22.508, publié au *Bulletin*), ici présenté, apporte une réponse précise à cette incertitude.

Un riverain, se plaignant de ce que le chemin était utilisé par des non-riverains, et que certains riverains avaient consenti des servitudes de passages sur leur fonds à des propriétaires d'arrière-fonds, avait assigné en interdiction de passage à tous non-riverains. Le premier juge l'avait débouté, constatant que sa demande ne réunissait pas l'unanimité des riverains. Mais la cour d'appel avait réformé le jugement et déclaré les demandeurs irrecevables, en retenant que, s'agissant d'un droit indivis d'usage sur le chemin, il con-

venait dès lors d'appliquer les modalités de l'article 815-3 du code civil exigeant une majorité des deux tiers pour effectuer les actes d'administration relatifs aux biens indivis.

Le moyen unique du pourvoi formé contre cet arrêt attaquait frontalement le raisonnement de la cour d'appel (et implicitement celui du tribunal) pour qui les non-riverains ont le droit d'utiliser le chemin, sauf interdiction par les riverains, à l'unanimité (solution du tribunal) ou à la majorité des deux tiers de l'article 815-3 du code civil (solution de la cour d'appel). Sa seconde branche soutenait en effet que la cour d'appel, en retenant que l'interdiction aux non-riverains devait procéder non pas d'une décision unanime, mais d'une décision à la majorité des deux tiers prévue par l'article 815-3 du code civil, aurait statué par des motifs inopérants. Cette affirmation assez tranchée a conduit la Cour de cassation à donner à sa décision un tour assez résolument normatif.

Pouvait-on exiger la majorité des deux tiers, prévue par l'article 815-3 du code civil dans sa rédaction issue de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités ? Certes la doctrine n'hésite pas à parler d'indivision, ou d'indivision forcée, à propos des chemins d'exploitation, et la troisième chambre civile de la Cour de cassation a pu aussi le faire (3e Civ., 18 juillet 1995, pourvoi n° 94-10.631). Mais il est clair que parler ici d'indivision, là où seul l'usage est commun, relève plus d'une facilité de langage. D'autres auteurs *(*A. Robert, « Les chemins d'exploitation », *RDI*, 1994, p. 384) évoquent plutôt « une sorte d'indivision portant sur la jouissance », que l'on ne peut confondre avec l'indivision, surtout successorale. De nombreux auteurs précisent d'ailleurs que le nouvel article 815-3 « ne semble pas pouvoir être transposé à la situation d'une indivision forcée » (F. Terré et P. Simler, « Les biens », *Précis Dalloz*, 8e éd., p. 684). C'est la solution que retient l'arrêt ici commenté, en rappelant que l'usage commun des chemins d'exploitation n'est pas régi par les règles de l'indivision.

Mais alors, si l'article 815-3 et sa majorité des deux tiers n'était pas applicable à la décision d'interdiction d'accès au public, comment pouvait concrètement s'opérer celle-ci ? La cassation prononcée conduisait-elle à privilégier la solution retenue par le tribunal, l'unanimité des riverains ? La doctrine allait parfois en ce sens (F. Terré, précité ; J. Debeaurain, « L'interdiction au public d'un chemin d'exploitation », *AJDI* 2017, p. 571). Mais la troisième chambre civile de la Cour de cassation a préféré affirmer que chaque propriétaire riverain dispose du droit d'en interdire l'accès aux non-riverains. La difficulté de réunir un consentement unanime (ou même simplement aux deux tiers) des riverains pour la fermeture au public a conduit à laisser à chaque propriétaire, « au droit soi », la possibilité de bloquer le passage au public, en laissant bien sur les autres riverains exercer leur droit d'usage, par exemple en leur remettant une clé de la barrière qui aura été posée (JO AN, questions, 19 novembre 2015, p. 2691). On pourra voir dans cette solution le retour d'une conception plutôt absolutiste du droit de propriété, derrière un droit d'usage pourtant commun, ou une décision empreinte d'un certain réalisme, pour donner à la communauté des riverains exploitants une chance concrète d'exercer la faculté d'interdire aux non-riverains l'accès du chemin, clairement affirmée par l'article L. 162-1 du code rural et de la pêche maritime, mais que l'exigence d'unanimité, voire de majorité qualifiée, aurait rendu parfaitement théorique.

§ III. Puissance de la propriété et considération de l'intérêt de la communauté d'habitants

Enfin, le droit de propriété peut être également mis en balance, par le droit, avec l'intérêt d'une communautés d'habitants. C'est le cas à l'égard de l'eau, à nouveau. Il s'agit en effet de l'accès à une ressource vitale pour l'homme, et parfois rare, ou encore d'accès difficile. Cette confrontation vient alors, de nouveau, nuancer assez subtilement l'exclusivité du propriétaire et l'étendue des pouvoirs absolus que lui confère la théorie classique de la propriété.

À l'égard des habitants d'une commune, cette mise en balance n'est pas, au premier chef, l'œuvre d'une jurisprudence qui sait parfois être normative, mais celle du législateur lui-même qui, par l'article 642 du code civil, a pris en compte les intérêts des habitants en matière d'approvisionnement en eau pour leurs besoins domestiques. Pour cela, il a institué une servitude légale d'usage d'une eau nécessaire à la vie. Cet article rappelle le principe selon lequel celui qui a une source dans son fonds peut en user, selon son droit de propriétaire, mais l'assortit dans ses deux alinéas suivants de notables tempéraments. Le premier, classique, permet aux propriétaires des fonds inférieurs et aux seuls qui ont capté tout ou partie de la source par des ouvrages apparents et permanents depuis plus de trente ans (1re Civ., 22 novembre 1955, *JCP 1956*, éd. G, II, 9100, note M. Becquet) de prescrire cet usage et de pouvoir l'opposer au propriétaire de la source. Il n'appelle pas de commentaire particulier ici. Le second est plus intéressant puisqu'il ne vise pas, cette fois, les seuls propriétaires des fonds inférieurs, mais les habitants d'une collectivité humaine, d'ailleurs assez largement entendue, puisqu'elle recouvre, hors des cadres de la géographie administrative, une commune, mais aussi un village ou un hameau. Dans cette dernière hypothèse, ceux-ci peuvent continuer à user de l'eau qui leur est nécessaire (le texte dit qu'on ne peut leur « enlever » l'usage qu'ils en font), à charge pour eux de régler une indemnité fixée par experts, sauf s'ils ont acquis ou prescrit l'usage de cette eau.

La jurisprudence de la Cour de cassation a, depuis longtemps, apporté d'utiles précisions à ce texte de principe, spécialement pour ses deux derniers alinéas. En premier lieu, il ne concerne que les eaux vives (3e Civ., 25 novembre 1969, pourvoi no 08-21.674, *Bull.* 2009, III, no 265). En second lieu, il n'aboutit pas à priver le propriétaire du fonds sur lequel jaillit la source de son droit sur celle-ci, qui n'est pas remis en cause ; il peut l'utiliser comme il l'entend pour les besoins de son fonds et également en disposer en l'absorbant, en l'aveuglant entièrement et en la vendant (3e Civ., 3 décembre 2008, pourvoi no 07-18.840). C'est seulement l'usage de l'eau qui est ainsi partagé. Et, pour ce qui concerne les droits des communautés d'habitants visés par l'article 3, la jurisprudence est assez restrictive. Outre sa non-application aux eaux stagnantes, encore faut-il, pour les eaux vives, que leur usage soit non seulement utile, mais encore nécessaire. Même dans ce cadre, seul l'usage de l'eau qui s'écoule est consacré, sans pour autant donner aux habitants la faculté de pénétrer sur le fonds du propriétaire pour exercer leur droit (3e Civ., 25 mars 1891, *DP* 1894, 1, p. 335 ; et plus récemment (3e Civ., 21 février 2001, pourvoi no 99-10.532 ; 3e Civ., 15 mai 1996, pourvoi no 94-10.378, *Bull.* 1996, IV, no 117). La jurisprudence sur ce point est constante (voir M. Zenati, *RTD* civ. 1997, p. 175 ; A. Robert, « Au bord d'une source », D. 1996, p. 457). Le dernier des commentateurs cités observe d'ailleurs qu'« Il est logique que les limitations apportées à ce droit soient interprétées restrictivement, puisque la propriété individuelle est considérée comme l'une des conditions de la liberté, et qu'elle est inviolable et sacrée ».

L’arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 6 juillet 2017 (3e Civ., 6 juillet 2017, pourvoi n° 16-19.539, *Bull.* 2017, III, n° 90) ne remet nullement en cause cette construction, mais il vient la compléter sur le point de l’indemnité due éventuellement par une communauté d’habitants au propriétaire de la source dont ils utilisent les eaux.

Un syndicat intercommunal captait et exploitait une source en vertu d’un arrêté préfectoral de 1964, qui l’autorisait à acquérir, à l’amiable ou par expropriation, les terrains nécessaires à la réalisation du projet ; il était prévu que cette déclaration d’utilité publique serait nulle et non avenue à défaut d’expropriation réalisée dans le délai de cinq ans. Cette condition ne s’étant pas réalisée, l’arrêté est donc devenu caduque, et en 1970, un protocole d’accord avec la Sécurité sociale, alors propriétaire, décidait d’une part que le syndicat prendrait en charge l’exécution de divers aménagements bénéficiant au propriétaire du fonds et fournirait, chaque jour, 172,80 m^3 d’eau potable gratuitement, le surplus de consommation étant facturé à un tarif préférentiel, tout en précisant que ces avantages ne seraient cependant accordés qu’à la Sécurité sociale ou à une œuvre similaire. Une société civile immobilière (SCI) a toutefois acquis le terrain de la Sécurité sociale en 2003, et, souhaitant mettre fin au protocole en 2009, a assigné le syndicat. La cour d’appel, par un premier arrêt, infirmatif, du 16 mai 2013, a retenu que le syndicat avait acquis la prescription de l’usage de cette source et déclaré irrecevable la demande d’indemnité au titre de l’article 642 du code civil. Cet arrêt a été cassé par la troisième chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 17 décembre 2014, (3e Civ., 17 décembre 2014, pourvoi n° 13-21.323), au visa de l’article 455 du code de procédure civile. Et le 26 avril 2016 la cour d’appel de renvoi a dit que le syndicat avait prescrit l’usage de l’eau de la source et débouté en conséquence le syndicat de sa demande d’indemnité.

L’arrêt rendu sur le pourvoi du syndicat intercommunal applique à la question les règles classiquement dégagées en matière de prescription acquisitive immobilière : une possession, même remplissant les délais fixés, qui serait équivoque, n’est pas utile pour prescrire. En particulier un locataire, sauf pour lui à démontrer qu’il a posé une interversion de titre, ne peut jamais prescrire contre son bailleur. Et la Cour de cassation applique cette règle au cas concret, dans lequel le syndicat avait commencé en 1972 à capter l’eau en vertu d’un protocole d’accord de 1970, lequel prévoyait une contrepartie financière, qui rendait sa possession et son exploitation depuis cette date équivoque. La première cassation de 2014 l’avait d’ailleurs laissé entendre, mais entre les lignes seulement puisque le moyen l’attirait sur l’article 455 du code de procédure civile, ne lui permettant pas d’être plus explicite (*cf.* W. Dross « Qui peut user d’une source ? », *RTD* civ. 2015, p. 417). La cour d’appel de renvoi a choisi de ne pas voir le message que lui adressait la première cassation et a maintenu sa position, admettant la prescription et rejetant par conséquence toute indemnité. C’est cette position quelque peu entêtée qui est sanctionné par cet arrêt, lequel rappelle que l’avantage accordé par l’article 642 du code civil aux communautés d’habitants n’est exclusif d’une indemnité que si la communauté a acquis ou prescrit régulièrement (c’est-à-dire sans aucun des vices classiques de la possession) l’usage de l’eau. En rappelant essentiellement, et de manière opportune, la règle de l’article 642, alinéa 3, et le principe fondamental selon lequel le droit de jouir de la source dont on est propriétaire cède partiellement devant l’intérêt d’une communauté d’habitants d’accéder à l’eau, le sommaire de l’arrêt occulte cependant quelque peu la subtilité de sa portée, essentiellement limitée à l’utilité des caractères de la possession pour prescrire.

Section 3. Puissance de la propriété et considération des intérêts de communautés ouvertes autour d'un bien

Les communautés d'intérêts autour d'un bien peuvent être saisies comme ouvertes quand elles ne font pas appel à une assise territoriale et/ou se font très large. Le « public » des œuvres de l'esprit s'invite ainsi dans plusieurs décisions de la Cour de cassation (§ I), quand l'utilité publique continue de sous-tendre des servitudes au régime particulier (§ II).

§ I. Les droits du « public » sur des œuvres de l'esprit

Les droits du « public » sur des œuvres de l'esprit ont été saisis, dans les arrêts récents de la Cour de cassation, *via* une compréhension « classique », celles des exceptions dédiées aux droits de propriété intellectuelle (A), mais également *via* une articulation renouvelée, celle des prérogatives du propriétaire avec des libertés et droits fondamentaux de tiers (B).

A. Puissance de la propriété littéraire et artistique et nuances traditionnelles des exceptions aux droits de propriété intellectuelle

Le droit de propriété littéraire et artistique investit son titulaire d'un droit exclusif, opposable à tous, dont l'atteinte est sanctionnée par l'action en contrefaçon. Pour puissant que soit ce droit de propriété, son exercice rencontre certaines exceptions ou limites qui ont vu leur nombre s'accroître au cours, notamment, des dix dernières années.

La directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information dresse, en son article 5, une liste d'exceptions et limitations fermée, que les États membres ont la faculté de transposer, étant observé « qu'elles ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit » (article 11, 1, b).

L'article L. 122-5 du code de la propriété intellectuelle reprend les exceptions que le législateur français a successivement transposées en droit interne, parmi lesquelles, « Les analyses et courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées » ou encore « La parodie, le pastiche et la caricature, compte tenu des lois du genre ».

La jurisprudence a déjà énoncé que la parodie a pour caractéristiques essentielles, d'une part, d'évoquer une œuvre existante dont elle doit se différencier de manière perceptible et, d'autre part, de constituer une manifestation d'humour ou une raillerie ; elle en a déduit les exigences tenant à l'intention humoristique de l'auteur de la parodie, à l'absence de confusion avec l'œuvre parodiée et au respect des lois du genre.

Pour bénéficier de cette exception, la parodie doit-elle porter sur l'œuvre elle-même ou peut-elle s'étendre à l'utilisation de l'œuvre à des fins humoristiques ?

C'est la question récemment posée à la Cour de cassation par l'ayant droit d'un sculpteur qui avait réalisé le buste de Marianne symbolisant la République française. Il

faisait grief à la société éditrice d'un magazine d'avoir reproduit l'œuvre partiellement immergée pour illustrer son propos selon lequel « La France coule » et sollicitait sa condamnation pour contrefaçon. La société éditrice opposait l'exception de parodie, alors que le demandeur faisait valoir que l'exception, d'interprétation stricte, ne pouvait avoir pour objet que l'œuvre elle-même et ne saurait légitimer une reproduction de l'œuvre à des fins d'illustration d'un propos polémique.

La Cour de cassation a d'abord rappelé que, par arrêt du 3 septembre 2014, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) avait dit pour droit que la notion de « parodie » au sens de l'article 5, § 3, sous k), de la directive précité, à la lumière duquel l'article L. 122-5 devait être interprété, constituait une notion autonome du droit de l'Union et n'était pas soumise à des conditions selon lesquelles la parodie devrait porter sur l'œuvre originale elle-même (CJUE, arrêt du 3 septembre 2014, Johan Deckmynet Vrijheidsfonds VZW/Helena Vandersteen e. a., C-201/13) ; puis, pour rejeter le pourvoi, elle a retenu que la cour d'appel avait, dans l'exercice de son pouvoir souverain, estimé que la reproduction partielle de l'œuvre, « figurant le buste de Marianne, immergé, constituait une métaphore humoristique du naufrage prétendu de la République », et qu'elle avait « pu en déduire que la reproduction litigieuse caractérisait un usage parodique qui ne portait pas une atteinte disproportionnée aux intérêts légitimes de l'auteur et de son ayant droit » (1re Civ., 22 mai 2019, pourvoi no 18-12.718, publié au *Bulletin*).

B. Puissance de la propriété littéraire et artistique et articulation renouvelée avec la considération des libertés et droits fondamentaux du public

En dehors des exceptions et limitations sus évoquées, organisées par des dispositions spéciales du droit d'auteur, d'autres dispositions, de portée générale, peuvent-elles modérer la puissance de la propriété littéraire et artistique et limiter l'exercice des droits exclusifs de l'auteur ?

S'il existe des limites internes au droit d'auteur, des limites externes à celui-ci peuvent-elles être opposées à son exercice ?

Il est admis que le droit de la concurrence ou même le droit de la consommation puissent constituer des limites externes.

En revanche, le débat est plus ouvert s'agissant des libertés fondamentales énoncées par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) et par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (la Charte), telles que la liberté d'expression et la liberté d'information.

L'article 10 de la CEDH consacre en effet le droit à l'information du public et la liberté d'expression, mais l'article 1er du protocole additionnel, qui en fait partie intégrante, rappelle que ce droit doit s'exercer dans le respect des autres droits fondamentaux, comme l'est celui de la propriété.

La liberté d'expression est définie à l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne relatif à la liberté d'expression et d'information.

Les libertés fondamentales d'expression et d'information sont-elles susceptibles d'être opposées au titulaire de droit de propriété littéraire et artistique, lequel relève du droit

fondamental de propriété, alors que ces libertés sont prises en compte, pour partie du moins, par l'exception de courte citation, de parodie, de caricature ?

À plusieurs reprises, la Cour de cassation s'est prononcée sur des affaires où le droit d'information ou la liberté de création étaient invoqués en défense.

Ainsi, dans l'affaire *Utrillo*, il était fait grief à la société France 2 d'avoir, au sein d'un reportage consacré à une exposition de peintures de Maurice Utrillo, diffusé au cours d'un journal télévisé pendant deux minutes et quelques secondes, des images sur la ville de Lodève et sur douze toiles de l'artiste, sans avoir recueilli au préalable l'autorisation des ayants droit de l'artiste.

La Cour a alors énoncé que « le monopole légal de l'auteur sur son œuvre est une propriété incorporelle, garantie au titre du droit de toute personne physique ou morale au respect de ses biens, et à laquelle le législateur apporte des limites proportionnées, tant par les exceptions inscrites à l'article L. 122-5 du code de la propriété intellectuelle que par l'abus notoire prévu à l'article L. 122-9 du même code » (1re Civ., 13 novembre 2003, pourvoi nº 01-14.385, *Bull.* 2003, I, nº 229).

De même, elle a énoncé que « *le droit* à *l'information du public consacré par l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales trouve ses limites dans le respect des autres droits identiquement protégés* » et qu'il en était ainsi « *des droits de propriété intellectuelle, biens au sens de l'article 1er du protocole additionnel* ». Elle en a déduit que la cour d'appel avait dès lors « jugé à bon droit que la reproduction litigieuse, qui excédait la simple relation de l'événement d'actualité concerné, ne participait pas à l'information du public mais relevait de l'exploitation de l'œuvre, laquelle n'ayant pas été autorisée constituait un acte de contrefaçon » (1re Civ., 2 octobre 2007, pourvoi nº 05-14.928).

Elle a pareillement retenu, dans une affaire où n'était pas directement invoqué à ce stade l'article 10 de la CEDH, que commettent le délit de contrefaçon d'œuvres de l'esprit en violation des droits des auteurs, sans pouvoir invoquer l'exception résultant de l'article L. 122-5, alinéa 1, 9º, du code de la propriété intellectuelle dans la rédaction résultant de la loi nº 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, les photographes bénéficiant d'une accréditation de la Fédération française de la couture qui, après avoir photographié plusieurs défilés de mode, diffusent en ligne les images ainsi obtenues, sans autorisation des titulaires des droits d'auteur sur les créations qu'elles reproduisent, sur un site internet auquel n'est pas étendu le bénéfice de leurs accréditations de presse (Crim., 5 février 2008, pourvoi nº 07-81.387, *Bull. crim.* 2008, nº 28).

Peu après ces décisions, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) et la Cour européenne des droits de l'homme se sont prononcées sur ces conflits de droits fondamentaux, opposant la propriété intellectuelle, d'une part, à la liberté d'expression ou à la liberté d'information, d'autre part.

La CJUE a retenu que le droit de la propriété intellectuelle devait se concilier avec la liberté d'information, et que faute de pouvoir hiérarchiser des droits d'égale valeur, il fallait les concilier. Il convenait alors d'opérer une balance des intérêts entre les différents droits et libertés fondamentaux. Il en était ainsi lorsqu'une injonction de bloquer des sites contrefaisants était prononcée (CJUE, 24 novembre 2011, Scarlet Extended SA contre

Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL [SABAM], C-70/10) ; peu après, elle a précisé que :

« La protection du droit de propriété intellectuelle est certes consacrée à l'article 17, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne […]. Cela étant, il ne ressort nullement de cette disposition, ni de la jurisprudence de la Cour, qu'un tel droit serait intangible et que sa protection devrait donc être assurée de manière absolue.

En effet, ainsi qu'il découle des points 62 à 68 de l'arrêt du 29 janvier 2008, *Promusicae* (C-275/06, Rec. p. I-271), la protection du droit fondamental de propriété, dont font partie les droits liés à la propriété intellectuelle, doit être mise en balance avec celle d'autres droits fondamentaux.

Plus précisément, il ressort du point 68 dudit arrêt qu'il incombe aux autorités et aux juridictions nationales, dans le cadre des mesures adoptées pour protéger les titulaires de droits d'auteur, d'assurer un juste équilibre entre la protection de ce droit et celle des droits fondamentaux de personnes qui sont affectées par de telles mesures » (arrêt Scarlet Extended SA, précité, points 43 à 45).

Position rappelée à propos d'injonctions adressées à un fournisseur d'accès à internet, qui est un intermédiaire, afin qu'il bloque l'accès à des sites contrefaisants. Ces injonctions doivent revêtir plusieurs qualités et assurer une balance des intérêts entre divers droits et libertés fondamentaux. « Lorsque plusieurs droits fondamentaux sont en conflit, il incombe aux États membres, lors de la transposition d'une directive, de veiller à se fonder sur une interprétation de celle-ci qui permette d'assurer un juste équilibre entre les droits fondamentaux applicables protégés par l'ordre juridique de l'Union. Puis, lors de la mise en œuvre des mesures de transposition de cette directive, il incombe aux autorités et aux juridictions des États membres non seulement d'interpréter leur droit national d'une manière conforme à ladite directive, mais également de veiller à ne pas se fonder sur une interprétation de celle-ci qui entrerait en conflit avec lesdits droits fondamentaux ou avec les autres principes généraux du droit de l'Union, tels que le principe de proportionnalité » (CJUE, arrêt du 27 mars 2014, UPC Telekabel Wien, GmbH contre Constantin Film Verleih GmbH et Wega Filmproduktionsgesellschaft mbHaffaire, C-314/12).

Car c'est au juge national qu'il incombe de procéder à la mise en balance des intérêts et à l'application du principe de proportionnalité par une recherche concrète du point d'équilibre entre les droits fondamentaux en présence.

La Cour de Strasbourg procède de même. De plus en plus saisie de questions touchant à des conflits de droits également reconnus par la Convention, elle invite alors les cours nationales à procéder à une mise en balance des intérêts opposés, la liberté d'expression d'une part, la protection de la propriété intellectuelle, de l'autre.

Elle s'est même prononcée dans deux affaires où la liberté d'expression et de création était opposée aux droits d'auteur.

Dans l'affaire *Ashby Donald et autres* (CEDH, arrêt du 10 janvier 2013, Ashby Donald e. a. c. France, n° 36769/08) elle a retenu que la liberté d'expression est dotée d'une force plus ou moins grande selon le type de discours (elle distingue une situation où est en jeu l'expression strictement commerciale de tel individu de celle où est en cause sa participation à un débat touchant à l'intérêt général).

Le fait que le droit d'auteur soit lui-même un droit de l'homme la conduit à reconnaître aux autorités nationales une plus grande marge d'appréciation. Lorsque le but poursuivi est celui de la « protection des droits et libertés d'autrui » et que ces « droits et libertés » figurent eux-mêmes parmi ceux garantis par la Convention ou ses protocoles, il faut admettre que la nécessité de les protéger puisse conduire les États à restreindre d'autres droits ou libertés également consacrés par la Convention (point 40).Pour réaliser la conciliation de tels droits, la Cour reconnaît aux États une « marge d'appréciation importante ».

La Cour prendra une décision tout à fait comparable le 19 février 2013 (CEDH, arrêt du 19 février 2013, *Neijet et Sunde Kolmisoppi c. Suède*, n° 40397/12.

On observera que la Cour de cassation a mis en œuvre un tel contrôle de proportionnalité dans de nombreuses autres branches du droit civil. Entre autres décisions, elle a retenu que, pour l'établissement d'une filiation, un juste équilibre devait être ménagé, dans la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention, entre le droit revendiqué par l'enfant de voir établir sa filiation biologique et les intérêts des filles du père prétendu, qui opposaient un refus à ce qu'il hérite de ce dernier (1re Civ., 10 juin 2015, pourvoi n° 14-20.790) ; également, à propos d'une mesure d'enlèvement de caravanes installées sur le terrain d'autrui mais servant de lieu d'habitation à leurs occupants (3e Civ., 17 décembre 2015, pourvoi n° 14-22.095, *Bull*. 2015, III, n° 138).

C'est dans ce contexte que sont intervenus les arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation le (1re Civ., 15 mai 2015, pourvoi n° 13-27.391, *Bull*. 2015, I, n° 116 ; 1re Civ., 22 juin 2017, pourvois n° 15-28.467 et n° 16-11.759, *Bull*. 2017, I, n° 153.

La première de ces affaires opposait M. X…, auteur de photographies publicitaires, qui avait découvert que des reproductions de celles-ci avaient été intégrées, sans son autorisation, dans plusieurs œuvres de M. Y… artiste peintre, qui revendiquait son appartenance au mouvement de « la figuration narrative » lequel entend dénoncer les travers de la société de consommation.

Le photographe a assigné l'artiste peintre en contrefaçon. En défense, celui-ci a opposé sa liberté d'expression artistique consacrée à l'article 10 de la CEDH. Condamné en appel pour contrefaçon, il a fait valoir devant la Cour de cassation que les limitations à l'exercice de la liberté d'expression, qui englobe la liberté d'expression artistique, ne sont admises qu'à la condition qu'elles soient proportionnées au but légitime poursuivi et que la proportionnalité devait être appréciée *in concreto* en tenant compte, notamment, de la nature du message en cause et de l'étendue de l'atteinte portée au droit concurrent.

La Cour casse, au visa de l'article 10, § 2, de la CEDH, l'arrêt de condamnation, dans les termes suivants :

« Attendu que, pour écarter le moyen tiré d'une atteinte à la liberté d'expression artistique de M. Y… et le condamner à réparer le préjudice résultant d'atteintes portées aux droits patrimoniaux et moral de M. X… l'arrêt retient que les droits sur des œuvres arguées de contrefaçon ne sauraient, faute d'intérêt supérieur, l'emporter sur ceux des œuvres dont celles-ci sont dérivées, sauf à méconnaître le droit à la protection des droits d'autrui en matière de création artistique ;

Qu'en se déterminant ainsi, sans expliquer de façon concrète en quoi la recherche d'un juste équilibre entre les droits en présence commandait la condamnation qu'elle prononçait, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé » ;

Par cet arrêt, qui consacre la prise en considération des droits fondamentaux en matière de droit d'auteur, la Cour de cassation ne se contente pas de casser la décision en raison de l'abstraction et de la généralité de ses motifs. Elle donne à la cour d'appel de renvoi la méthode à suivre pour résoudre ce conflit de droits fondamentaux.

C'est d'ailleurs ce que fit celle-ci en appliquant le principe de proportionnalité et en procédant à une analyse *in concreto* des droits en présence (CA Versailles, 16 mars 2018, n° 15-06029).

La Cour de cassation a eu l'occasion de confirmer cette jurisprudence dans une affaire opposant les ayants droit de Bernanos – Georges Bernanos étant l'auteur du *Dialogues des carmélites*, inspiré d'une nouvelle écrite par Gertrud von Le Fort – et ceux de Poulenc – qui avait adapté l'œuvre musicalement dans un opéra éponyme créé en 1957 – à l'opéra de Munich..

Estimant que la représentation donnée par l'opéra de Munich, dans une mise en scène de M. Tcherniakov, dénaturait les œuvres de Georges Bernanos et de Francis Poulenc, leurs ayants droit ont agi en contrefaçon. La cour d'appel a condamné l'opéra et a prononcé une mesure d'interdiction de diffusion.

Comme dans l'affaire précédente, l'arrêt de la cour d'appel est cassé, pour manque de base légale, au visa l'article 10, § 2, de la CEDH :

« Attendu que l'arrêt ordonne à la société X… de prendre toute mesure pour que cesse immédiatement et en tous pays la publication dans le commerce ou plus généralement l'édition, y compris sur les réseaux de communication au public en ligne, du vidéogramme litigieux et fait interdiction à la société Mezzo, sous astreinte, de diffuser ou autoriser la télédiffusion de celui-ci au sein de programmes de télévision et en tous pays ;

Qu'en se prononçant ainsi, sans examiner, comme elle y était invitée, en quoi la recherche d'un juste équilibre entre la liberté de création du metteur en scène et la protection du droit moral du compositeur et de l'auteur du livret justifiait la mesure d'interdiction qu'elle ordonnait, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé ».

La cassation intervient ici en raison de l'absence d'appréciation du caractère proportionnel de la mesure d'interdiction prononcée.

§ II. Les servitudes d'utilité publique

Les servitudes d'utilité publique constituent des charges imposées à la propriété foncière dans l'intérêt général. Le code civil les mentionne très brièvement aux articles 649 et 650, pour mémoire en somme, car la matière relève du droit administratif.

Des servitudes de voirie sont ainsi établies pour faciliter la circulation sur les routes, voies navigables (chemin de halage), ferrées et aériennes ou encore sur le littoral maritime (chemin dit « du douanier »), ou pour permettre l'installation des réseaux de distribution (eau et énergies), de télécommunication et d'assainissement.

Les servitudes d'occupation temporaire sont, quant à elles, destinées à permettre la réalisation de travaux publics et donnent lieu à indemnisation.

D'autres, instituées sur les terrains pollués ou classés en zone de danger, restreignent encore le droit d'occupation et de construction, avec une indemnisation due au propriétaire par le dernier exploitant dans les conditions de l'article 515-11 du code de l'environnement (3e Civ., 3 décembre 2008, pourvoi nº 07-17.879 *Bull.* 2008, III, nº 196 ; 3e Civ., 15 décembre 2010, pourvoi nº 09-15.171, *Bull.* 2010, III, nº 222).

Enfin, les servitudes d'urbanisme restreignent le droit de propriété par une réglementation de l'occupation et de l'utilisation de l'espace urbain (affectation des sols ; destination, implantation, volume, aspect extérieur et desserte des constructions). La limitation du droit de propriété liée à ses servitudes d'urbanisme est d'autant plus forte que les sujétions et pertes financières qu'elles occasionnent ne sont pas, en principe, indemnisables.

Restriction donc au droit de propriété, mais également protection du propriétaire d'un terrain bâti, lorsque la construction est conforme à la réglementation.

Sous réserve des exceptions prévues par ce texte, l'article L. 480-13 du code de l'urbanisme prévoit, en effet, que « lorsqu'une construction a été édifiée conformément à un permis de construire le propriétaire ne peut être condamné par un tribunal de l'ordre judiciaire à la démolir du fait de la méconnaissance des règles d'urbanisme ou des servitudes d'utilité publique que si, préalablement, le permis a été annulé pour excès de pouvoir par la juridiction administrative ». De même, « le constructeur ne peut être condamné par un tribunal de l'ordre judiciaire à des dommages et intérêts que si, préalablement, le permis a été annulé pour excès de pouvoir ou si son illégalité a été constatée par la juridiction administrative ».

Viole ainsi le principe de la séparation des pouvoirs ainsi que les dispositions des articles L. 480-13 et L. 460-2 du code de l'urbanisme la cour d'appel qui pour ordonner à un propriétaire, à la demande d'un voisin, de démolir partiellement des aménagements intérieurs d'une construction et le condamner à des dommages-intérêts retient que cette construction n'a pas été édifiée conformément aux plans annexés aux demandes de permis de construire après avoir constaté que ces permis n'avaient pas été annulés et qu'un certificat de conformité avait été délivré (3e Civ., 14 septembre 2005, pourvoi nº 03-20.857, *Bull.* 2005, III, nº 167).

En application de cette disposition, il a également été jugé que la juridiction des référés ne peut, du fait de la méconnaissance des règles d'urbanisme ou des servitudes d'utilité publique, condamner le propriétaire à suspendre la réalisation de travaux entrepris conformément à des autorisations administratives exécutoires (3e Civ., 19 février 1992, pourvoi nº 89-17.093, *Bull.* 1992, III, nº 50).

En revanche, une fois le permis de construire annulé, la méconnaissance de la règle d'urbanisme peut être invoquée au soutien de l'action en démolition engagée sur le fondement de l'article 1382, ancien, du code civil devenu l'article 1240 du même code (3e Civ., 28 mars 2001, pourvoi nº 99-13.781, *Bull.* 2001, III, nº 40) et la démolition s'impose dès lors que les nuisances constatées sont imputables à la violation de la règle d'urbanisme qui a été sanctionnée par la juridiction administrative (3e Civ., 30 septembre 1998, pourvoi nº 96-19.771, *Bull.* 1998, III, nº 185).

De plus, la nécessité d'une invalidation préalable du permis de construire ne vaut que si la construction dont la démolition est demandée est contestée sur le fondement d'une méconnaissance des règles d'urbanisme ou des servitudes d'utilité publique. La solution contraire prévaut, lorsque les règles du droit privé sont invoquées de manière autonome (3e Civ., 20 juillet 1994, pourvoi nº 92-21.801, *Bull*. 1994, III, nº 158, en matière de troubles anormaux du voisinage ; en cas d'action du propriétaire d'un lot au sein d'un lotissement fondée sur le non-respect d'une clause du cahier des charges ; 3e Civ., 23 mai 2002, pourvoi nº 00-20.861, *Bull*. 2002, II, nº 108, pour une demande en démolition fondée sur une servitude de passage de droit privé).

Chapitre 5. Puissance de la propriété *versus* modèle de l'accès

Au moment de conclure l'Étude, la question qui l'a animée et structurée doit être reposée : le paradigme d'une propriété privée individuelle, exclusive, absolue et perpétuelle, est-il toujours aussi puissant ? Ne va-t-on pas plutôt vers une propriété conçue en « faisceau de droits » – en référence à la théorie du *Bundle of rights* américain [160] – ou en domaines divisés – en référence à une réinterprétation des propriétés divisées ou simultanées de l'ancien droit et du XIXe siècle [161] ? Plus largement, est-on à la veille d'un basculement plus franc vers des techniques ouvrant l'accès à des utilités des biens au-delà de la propriété ?

Il est certain que le modèle subit la pression accrue de revendications puissantes de partage des usages. Des domaines apparaissent plus touchés, comme celui des contenus numériques pour lesquels le partage est facilité par la numérisation et l'accès mondial [162]. Mais l'évolution ne s'est pas arrêtée à ce grand champ de tensions et la Cour de cassation a ouvert une brèche lorsqu'elle a admis, à partir de 2012, des droits réels innomés de jouissance spéciale ouvrant l'accès aux utilités des biens (section 2), au-delà des « démembrements » classiques et nommés du droit de propriété [163] (section 1).

Section 1. Les « démembrements » classiques

Parmi les démembrements, c'est l'usufruit qui a concentré l'attention de la Cour de cassation ces dernières années, quant à son extinction par non-usage ou à la transmission

---

160. À partir de J. Commons, *The Distribution of Wealth*, Macmillan and Co., London, 1893 ; W.N. Hohfeld, « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », *Yale Law Journal*, 1913, (23), pp. 16-59.

161. Les expressions de « propriété divisée » et de « propriété simultanée » ne sont pas synonymes, la seconde faisant davantage référence à celle de la jurisprudence du XIXe siècle renvoyant à des prérogatives détenues à égalité, tandis que la propriété divisée aurait correspondu à un modèle hiérarchisé, *cf.* M. Lesnet-Ferré, « La terre et l'appropriation collective : approche historique », *in Les modèles propriétaires*, *op. cit.*, pp. 133 et s.

162. H. R. Howe & J. Griffiths (ed.), *Concept of Property in Intellectual Property Law*, Cambridge University Press, 2013, Introduction.

163. Sur la critique de ce terme, *cf.* note *supra*.

des actions en nullité engagées par l'usufruitier (§ I). Une question épineuse s'est également posée à propos du droit d'usage et d'habitation (§ II).

§ I. L'extinction de l'usufruit par non-usage et absence de transmission aux héritiers de l'action en nullité engagée par l'usufruitier

En vertu de l'article 617 du code civil, l'usufruit s'éteint, notamment, « *par le non-usage du droit pendant trente ans* » et par la réunion sur la même tête de la qualité de nu-propriétaire et d'usufruitier. Ce sont ces deux principes que la Cour de cassation a appliqués dans des arrêts du 27 avril 2017 (3e Civ., 27 avril 2017, pourvoi nº 15-23.468) et du 6 juillet 2017 (3e Civ., 6 juillet 2017, pourvoi nº 15-22.482, *Bull.* 2017, III, nº 86), en s'interrogeant sur la nature des actes qui peuvent interrompre le délai de trente ans (A) et en retenant l'absence de transmission aux héritiers de l'action engagée par l'usufruitier en nullité du bail rural consenti par le seul nu-propriétaire (B).

A. La nature des actes interruptifs de l'extinction de l'usufruit par le non-usage

L'indivision doit porter sur des droits de même nature. Ainsi il y a indivision entre une épouse survivante, qui détient des droits en pleine propriété sur une quote-part des biens de la communauté et un enfant qui détient des droits en nue-propriété pour le surplus (1re Civ., 2 mars 2004, pourvoi nº 01-17.708, *Bull.* 2004, I, nº 68 ; 1re Civ., 12 janvier 2011, pourvoi nº 09-17.298, *Bull.* 2011, I, nº 10). Il y a également indivision entre un usufruitier qui n'a des droits que sur une partie des biens et le plein propriétaire, qui exerce nécessairement l'usufruit sur le surplus.

L'article 617 du code civil prévoit que l'usufruit s'éteint par le non-usage du droit pendant trente ans. Cela suppose une absence totale de jouissance par le bénéficiaire de l'usufruit ou par un intermédiaire possédant pour lui.

En vertu des articles 815-2 et 815-3 du code civil, les actes accomplis par un des indivisaires pour la conservation de l'indivision profitent aux autres. Mais cette règle applicable dans les relations avec les tiers vaut-elle aussi dans les relations entre les indivisaires ?

C'est à cette question inédite que la Cour de cassation avait à répondre dans une affaire opposant une veuve au fils de son mari, né d'un premier lit. La première prétendait obtenir le paiement d'une part des loyers perçus par le second pour la location de quatre maisons construites sur une parcelle dépendant de la succession. Le fils du *de cujus* opposait l'extinction de l'usufruit par non-usage pendant trente ans. La cour d'appel a retenu cette extinction et, dans son pourvoi, l'épouse survivante soutenait que le droit d'usufruit était conservé par tout acte de jouissance d'un des usufruitiers indivisaires, de sorte que les actes de jouissance accomplis par le fils avaient eu pour effet de conserver son usufruit.

La Cour de cassation (3e Civ., 27 avril 2017, pourvoi nº 15-23.468) a approuvé la cour d'appel d'avoir retenu que les actes de jouissance accomplis par le fils ne pouvaient avoir interrompu la prescription trentenaire pour non-usage de l'usufruit par l'épouse.

Cette solution est logique au regard de la jurisprudence qui retient que l'interruption civile de la prescription, qui résulte d'un acte juridique, ne profite qu'à celui dont elle émane et à ses ayants droit (voir 3e Civ., 29 octobre 2015, pourvoi nº 14-24.771 ; 1re Civ., 18 octobre 2017, pourvoi nº 16-14.571) (à la différence de l'interruption naturelle qui, résultant d'un simple fait, produit effet à l'égard de tous), encore qu'il existe des exceptions, soit textuelles : en cas de solidarité parfaite, de cautionnement solidaire ; soit jurisprudentielles : en matière de rescision du partage pour lésion, l'action d'un copartageant interrompt la prescription quinquennale à l'égard de tous les autres (voir par exemple, 1re Civ., 14 mars 2006, pourvoi nº 03-13.409, *Bull.* 2006, I, nº 162).

B. L'absence de transmission aux héritiers de l'action engagée par l'usufruitier en nullité du bail rural consenti par le seul nu-propriétaire

Par ailleurs, dans une affaire où une mère bénéficiait de l'usufruit sur les terres reçues par ses deux fils lors du décès de son mari et où l'un des fils avait donné à bail à ferme les lots dont il avait hérité sans recueillir l'accord de l'épouse survivante, la Cour de cassation eut à connaître d'une d'annulation du bail (la mère étant décédée en cours de procédure et l'autre fils ayant repris l'instance en qualité d'héritier). Le tribunal puis la cour d'appel ont fait droit à la demande d'annulation du bail.

Dans son pourvoi, le fils, qui avait donné les terres à bail, soutenait que seul celui qui avait recueilli la pleine propriété du bien, reconstituée par extinction de l'usufruit, pouvait agir en nullité du bail consenti pendant la durée de l'usufruit, en violation des droits de l'usufruitier et que l'action de l'usufruitier en annulation du bail s'était éteinte dès lors que le nu-propriétaire avait hérité de l'usufruit et manifesté la volonté d'exécuter le bail.

La Cour de cassation a retenu que la réunion de la nue-propriété et de l'usufruit en la personne d'un des héritiers avait privé l'autre héritier du droit d'agir (3e Civ., 6 juillet 2017, pourvoi nº 15-22.482, *Bull.* 2017, III, nº 86).

L'obligation de recueillir l'accord du nu-propriétaire et de l'usufruitier pour donner un bien à bail rural résulte de l'article 595, alinéa 4, du code civil (M. Prigent, *Répertoire Dalloz* V, baux ruraux, nos 98 et suivants, MM. Moreau et Grimonprez, *Jurisclasseur* baux ruraux fasc. 210, nº 51, ou *le Dictionnaire permanent agricole*, V, usufruit nº 44).

L'article 595 ne prévoit pas de sanction en l'absence de signature du bail par le nu-propriétaire. Mais la Cour de cassation a admis la nullité de ce bail. Le nu-propriétaire peut agir sans attendre la fin de l'usufruit ou après reconstitution de la pleine propriété (3e Civ., 9 décembre 2009, pourvoi nº 08-20.133, *Bull.* 2009, III, nº 271).

M. Blanchard, commentant cet arrêt à la revue *Dalloz* 2010, 1332, faisait observer que l'extinction de l'usufruit provenait tout simplement du décès de l'usufruitier.

C'est généralement plutôt l'usufruitier qui agit sans le concours du nu-propriétaire et non, comme en l'espèce, le nu-propriétaire qui agit seul. La question posée à l'origine était de savoir si la sanction doit être la nullité du bail ou l'inopposabilité de ce bail à l'usufruitier (*cf.* en faveur de l'inopposabilité, M. Dross dans un commentaire de l'arrêt du 6 juillet 2017 au *Dalloz* 2017, p. 903).

La seconde question concernait la transmission de l'action en inopposabilité ou en nullité aux héritiers de l'usufruitier.

À cet égard, la troisième chambre civile de la Cour de cassation avait eu l'occasion de juger que la nullité d'un bail commercial consenti par l'usufruitier sans le consentement du nu-propriétaire ne pouvait être invoquée que par le nu-propriétaire et qu'il s'agissait d'une action personnelle qui ne pouvait être transmise à l'acquéreur de l'immeuble après le décès du nu-propriétaire (voir 3e Civ., 14 novembre 2007, pourvoi nº 06-17.412, *Bull.* 2007, III, nº 203.

C'est dans le même sens que la troisième chambre civile a statué dans l'arrêt du 6 juillet 2017 : « *Mais attendu qu'ayant retenu,* à *bon droit, que la nullité d'un bail portant sur des locaux* à *usage commercial consenti par l'usufruitier sans le concours du nu-propriétaire est une nullité relative ne pouvant* être *invoquée que par le nu-propriétaire et que cette action en nullité, qui est une action personnelle, n'avait pu dès lors* être *transmise* à *M. C. auquel Mme de C. avait vendu l'immeuble après le décès de l'usufruitière, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision* ».

Cette analyse a été approuvée par M. Darros, à la *Revue des contrats* (*RDC* 2017, p. 674), qui a relevé que la solution était logique : « *l'action en nullité du bail rural conclu par le nu-propriétaire pendant la durée de l'usufruit, en violation de l'article 595, alinéa 1, du code civil, est un droit personnel ou une action personnelle qui appartenait au seul usufruitier et qui est attaché* à *cette seule qualité d'usufruitier* ». Elle ne peut donc être transmise ni au propriétaire ni à l'autre héritier.

D'autres commentateurs, comme M. Dagorne-Labbe, à la *Semaine juridique* du 9 octobre 2017 (*JCP* 2017, 1053), ont souligné que l'extinction provient du décès, sans qu'il soit besoin de relever la réunion des qualités de nu-propriétaire et d'usufruitier, ou encore comme M. Guiguet Schiele, à la *Gazette du Palais* du 28 novembre 2017, nº 41, p. 77, que le décès de l'usufruitier éteint les droits. Le droit d'action disparaît et n'est pas transmis aux héritiers. « Ce n'est donc pas la réunion des droits sur une seule tête qui justifie la solution, mais l'extinction de l'usufruit par le décès de l'usufruitier ».

§ II. L'indivision sur un droit d'usage et d'habitation

L'indivision doit porter sur des droits de même nature.

Peut-on dans ces conditions considérer qu'il y a indivision entre le bénéficiaire d'un droit d'usage et d'habitation et le propriétaire d'un immeuble (A) et, dans l'affirmative, que ce dernier peut demander le partage (B) ? C'est à cette question que la Cour de cassation a eu à répondre dans une affaire ayant abouti à un arrêt de la troisième chambre civile du 7 juillet 2016 (3e Civ., 7 juillet 2016, pourvoi nº 15-10.278, *Bull.* 2016, III, nº 93), qui a donné lieu à de nombreux commentaires.

A. L'admission d'une indivision entre le bénéficiaire d'un droit d'usage et d'habitation et le propriétaire de l'immeuble

Les circonstances de faits étaient les suivantes : M. X. et Mme Y., qui vivaient en concubinage, avaient acheté indivisément par moitié un immeuble d'habitation. Quelques

années plus tard, Mme Y. avait racheté la part de son concubin qui s'était réservé un droit d'usage et d'habitation conjointement avec sa concubine, chacun exerçant dans l'immeuble une activité professionnelle et M. X. y vivant. Puis le couple s'est séparé et Mme Y. a sollicité le partage. Le tribunal de grande instance a déclaré la demande irrecevable, mais la cour d'appel a dit que M. X. et Mme Y. étaient coindivisaires d'un droit d'usage et d'habitation sur l'immeuble et a ordonné l'ouverture des opérations de liquidation et partage de l'indivision, ainsi que la licitation de l'immeuble à défaut de vente amiable.

Ce sont ces dispositions que M. X. attaquait, en soutenant qu'il ne peut y avoir d'indivision entre le titulaire d'un droit d'usage et d'habitation et le propriétaire du bien, que la nature particulière du droit d'usage et d'habitation, qui se déduit de son caractère personnel, exclut qu'il puisse y avoir indivision entre plusieurs titulaires d'un droit d'usage portant sur le même bien, qu'en tout état de cause un partage n'est pas possible.

La première question à résoudre était donc de savoir si les droits détenus par M. X. (droit d'usage et d'habitation) et par Mme Y. (droit de propriété) pouvaient être considérés comme de même nature.

Le droit d'usage peut être défini comme « *un droit réel viager strictement attaché* à *la personne de son titulaire et lui permettant d'user du bien sur lequel il porte dans les limites de ses besoins personnels et de ceux de sa famille » et le droit d'habitation comme* »un *droit d'usage portant sur une maison ou un local d'habitation* » (*cf.* M. Pillebout, *J.-Cl.* civil, art. 625 à 636, fasc. 10).

Il a souvent été dit que le droit d'usage et d'habitation, qui est un démembrement du droit de propriété, ce que la Cour de cassation réaffirme en l'espèce, est un diminutif du droit d'usufruit dans la mesure où il est limité à ce qui est nécessaire pour les besoins de son titulaire et ceux de sa famille, qu'il ne peut être ni loué ni cédé (articles 631 à 634 du code civil). Bien qu'il présente un caractère personnel, c'est un droit réel (3e Civ., 3 janvier 1978, pourvoi n° 76-13.996, *Bull.* 1978, n° 3). Et l'article 625 du code civil prévoit qu'il s'établit et se perd de la même manière que l'usufruit. Son régime est donc très similaire à celui de l'usufruit (en ce sens *cf.* M. Bergel, *RDI* 2016, p 541, *Jurisclasseur*, articles 578 à 581 usufruit n° 26).

Restait à savoir si l'on pouvait considérer que le propriétaire bénéficie également d'un droit d'usage. Or, le droit de propriété emporte, selon l'article 544 du code civil, le droit de jouir et de disposer de la chose de la manière la plus absolue. Il comprend donc un droit d'usage qui, en l'espèce, s'exerçait conjointement avec le droit d'usage et d'habitation que M. X. s'était réservé.

C'est ce principe que la Cour de cassation consacre par un chapeau, peu habituel dans un arrêt de rejet, ce qui donne toute sa force à la solution retenue :

« *Attendu que le droit d'usage et d'habitation est, au même titre que l'usufruit, un démembrement du droit de propriété donnant* à *son titulaire, pour ses besoins et ceux de sa famille, un droit de jouissance limité* à *l'usage et l'habitation ; que, nonobstant son caractère personnel, ce droit est un droit réel conférant* à *son titulaire un droit de jouissance plus limité que celui de l'usufruitier ;*

Attendu que le propriétaire d'un bien, qui a le droit de jouir de son bien de la façon la plus absolue, dispose de droits concurrents avec le titulaire d'un droit d'usage et

d'habitation s'exerçant conjointement sur le bien et qu'il existe par conséquent une indivision entre eux quant à *ce droit d'usage et d'habitation* ».

La Cour de cassation en tire donc la conclusion logique selon laquelle M. X. et Mme Y. exerçaient des droits concurrents sur l'immeuble et qu'il existait de la sorte une indivision entre eux. Il s'agit d'une indivision en jouissance. Cette indivision en jouissance avait déjà été admise lorsqu'un usufruit porte sur une quote-part des droits de la succession (voir par exemple, 1re Civ., 26 septembre 2007, pourvoi nº 06-14.422, *Bull.* 2007, I, nº 307). Mais c'est la première fois que la Cour de cassation admet cette indivision en jouissance entre le propriétaire et le bénéficiaire du droit d'usage et d'habitation.

Si cette consécration d'une indivision entre le propriétaire et le titulaire d'un droit d'usage et d'habitation a plutôt été bien reçue (voir par exemple M. Dross *RTD Civ*. 2017, p. 180 ; M. Bergel dans l'article à la *RDI* précité, *cf.* cependant M. Danos, *RDC*, 1er décembre 2016, nº 4, p. 737), en revanche les commentateurs sont plus sceptiques sur la possibilité pour le propriétaire de provoquer le partage.

B. L'admission du partage d'une indivision entre le bénéficiaire d'un droit d'usage et d'habitation et le propriétaire de l'immeuble

Était-il possible d'envisager une alternative au partage ? La première chambre civile de la Cour de cassation (1re Civ., 10 juin 1981, pourvoi nº 80-10.524, *Bull.* 1981, I, nº 201) avait admis la conversion du droit d'usage en rente viagère du fait de la dégradation des relations entre les parties s'opposant à l'exécution en nature du droit d'habitation.

La troisième chambre civile de cette Cour a, en l'espèce, estimé qu'il n'y avait pas lieu de faire un sort particulier à l'indivision existant ainsi entre le propriétaire de l'immeuble et le bénéficiaire du droit d'usage et qu'en vertu de l'article 817 du code civil la première pouvait solliciter le partage.

M. Dross, dans le commentaire précité, souligne qu'il existe pourtant des cas d'indivision sans droit au partage (servitude, cour commune, mitoyenneté, parties communes en copropriété) et estime que « l'article 625 qui aligne des modes d'extinction du droit d'usage et d'habitation sur ceux de l'usufruit, devrait induire une application restrictive de l'article 817. Seul devrait s'appliquer analogiquement le début du texte qui énonce que "celui qui est en indivision pour la jouissance peut demander le partage de l'usufruit par voie de cantonnement sur un bien […]". Il s'agirait autrement dit de s'adresser au juge afin qu'il fixe les modalités concrètes d'exercice du droit d'usage et d'habitation. En revanche, ni la licitation du droit d'usage et d'habitation, ni celle *a fortiori* de la pleine propriété du bien qu'autorise la suite du texte lorsqu'elles sont nécessaires, ne devraient pouvoir être ordonnées ».

M. Bergel, de son côté, après avoir précisé, dans son commentaire, que « la solution consacrée par l'arrêt du 7 juillet 2016 pour l'indivision de ces droits entre leur titulaire et le propriétaire des biens qui en sont l'objet se rattache donc, tout naturellement, à celle fixée par l'article 817 du code civil pour le partage de l'usufruit indivis. Selon ce texte, "celui qui est en indivision pour la jouissance peut demander le partage de l'usufruit indivis par voie de cantonnement sur un bien ou, en cas d'impossibilité, par voie de licitation de l'usufruit". Cet arrêt est donc d'une logique imparable » relève, cependant, que ce partage

« risque le plus souvent de s'avérer fort difficile à mettre en œuvre, eu égard à la consistance des biens sur lesquels ils portent, d'autant que leur licitation que prévoit l'article 817 du code civil pour l'usufruit paraît incompatible avec le concept même de droit d'usage et d'habitation qui est par nature incessible. » Et il ajoute : « une généralisation de la solution de l'arrêt du 7 juillet 2016 n'est pas sans susciter quelque perplexité. Cela pourrait plaider en faveur d'une nouvelle exception au droit au partage et d'une sorte d'indivision forcée […] temporaire ou d'une dérogation aux articles 631 et 634 du code civil, du type de celle prévue au profit du conjoint survivant par l'article 764, alinéa 5 ».

Il convient d'observer que l'impossibilité de demander le partage pour les parties communes d'une copropriété ou pour la mitoyenneté est prévue par des textes spécifiques, qui n'existent pas pour le droit d'usage et qu'en conséquence une nouvelle exception au droit de partage ne pourrait résulter que d'une modification législative, qu'il n'appartenait pas à la Cour de cassation de devancer.

Section 2. La conception renouvelée des accès aux utilités d'un bien : la reconnaissance du droit réel de jouissance spéciale

S'inscrivant dans les pas du fameux arrêt « Caquelard » (Req. 13 février 1834, *S.* 1834, 1, p. 205 ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 1, *Dalloz*, 12e éd., 2007, no 65), la Cour de cassation a récemment admis un droit réel *sui generis* de jouissance spéciale (§ I) et a eu à articuler cette reconnaissance avec une servitude (§ II).

§ I. La reconnaissance du droit réel de jouissance spéciale

Par l'arrêt *Maison de la poésie* (3e Civ., 31 octobre 2012, pourvoi no 11-16.304, *Bull.* 2012, III, no 159), mentionné au *Rapport annuel* 2012 (p. 444 et s.), la Cour de cassation a explicitement posé le principe selon lequel « *le propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien, distinct du droit d'usage et d'habitation* ».

Par ce refus d'inclure le droit de jouissance litigieux dans la catégorie mentionnée des droits réels nommés, la Cour de cassation a ainsi mis un terme à une longue controverse doctrinale sur l'exhaustivité des droits réels susceptibles d'être créés (« Le rôle normatif de la Cour de cassation », Étude *annuelle* 2018, p. 66 et s.).

Ce faisant, ouvrant le jeu des possibles dans le démembrement en jouissance du droit de propriété, elle a transposé aux droits réels le pouvoir créateur de l'autonomie de la volonté dont le domaine de prédilection était, jusque-là, celui des droits personnels.

En conséquence, il appartient désormais à la volonté des parties de définir elle-même la spécialité de ce droit réel de jouissance, de sorte, qu'innommé, il est susceptible de régir des situations les plus diverses voire de questionner la pertinence de principes paraissant pourtant intangibles.

En effet, la question de l'étendue de ce nouveau domaine offert à la liberté contractuelle ne pouvait tarder à être posée : pouvait-elle, en quelque sorte, se nier elle-même et, se soumettant de manière intemporelle, faire qu'un propriétaire renoncerait à être réinvesti de la pleine propriété de son bien ?

C'était là, dans un contexte certes nouveau, repenser la pertinence d'une séparation des domaines éminents et utiles de la propriété à laquelle la Révolution française, par la suppression des institutions féodales et la promotion d'un droit de propriété absolue, avait mis un terme.

Le code civil, par la limitation de la temporalité des démembrements nommés du droit de propriété, en avait ainsi décliné ce nouveau principe : limitation trentenaire, par une lecture combinée de ses articles 619 et 625, de l'usufruit et du droit d'usage et d'habitation non accordé à des particuliers.

Par un nouvel arrêt (3e Civ., 28 janvier 2015, pourvoi nº 14-10.013, *Bull.* 2015, III, nº 13), mentionné au *Rapport annuel* 2015 (p. 190 et s.), la Cour de cassation est donc venue fixer, par référence à ces dispositions du code civil demeurées inchangées, l'ordre public encadrant la temporalité du démembrement en jouissance.

Il en résulte que « *lorsque le propriétaire consent un droit réel, conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien, ce droit, s'il n'est pas limité dans le temps par la volonté des parties, ne peut* être *perpétuel et s'*éteint *dans les conditions prévues par les articles 619 et 625 du code civil* ».

Puis, mettant en œuvre cette prohibition du démembrement perpétuel du droit de propriété, la Cour de cassation a décidé, à l'occasion d'un second pourvoi formé dans l'affaire *Maison de la poésie*, qu'« *une cour d'appel, qui relève qu'un droit réel, distinct du droit d'usage et d'habitation régi par le code civil, a* été *concédé* à *une fondation pour la durée de celle-ci et non* à *perpétuité, en déduit exactement que ce droit n'est pas régi par les dispositions des articles 619 et 625 du code civil et qu'aucune disposition légale ne prévoit qu'il soit limité* à *une durée de trente ans* » (3e Civ., 8 septembre 2016, pourvoi nº 14-26.953, *Bull.* 2016, III, nº 105).

Pour la doctrine (F. X. Agostini, « Limitation de la durée du droit réel de jouissance spéciale » LEDIU mars 2015, nº EDUC-315029-31503, p. 1., S. Milleville, « La perpétuité des droits réels : ni présumée… ni acceptée ? », *JCP* éd. G 2015, act. 148), cette prohibition soulevait par ricochet la question de sa combinaison avec la perpétuité d'autres droits réels innommés tel le droit réel de jouissance privatif sur des parties communes d'une copropriété, généralement une cour, une terrasse ou un jardin.

La loi nº 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis n'ayant pas rendu impératifs ses articles 2 et 3 instituant l'exclusivité d'usage comme critère déterminant de distinction entre parties privatives et communes, c'est à la jurisprudence qu'était revenu de déterminer la nature puis le régime de ce nouveau droit dont la licéité découlait ainsi de l'autonomie laissée par le législateur aux copropriétaires.

N'étant pas réductible aux catégories traditionnelles tels la servitude ou l'usufruit, c'est là aussi un droit *sui generis* que la Cour de cassation est venue, dans le domaine certes spécifique du droit de la copropriété, consacrer en le qualifiant de droit réel et, sauf stipulation contraire de l'acte constitutif, perpétuel (3e Civ., 4 mars 1992, pourvoi

nº 90-13.145, *Bull.* 1992, III, nº 73 ; 3e Civ., 2 décembre 2009, pourvoi nº 08-20.310, *Bull.* 2009, III, nº 266).

Saisie de la question de savoir si un droit réel de jouissance spéciale, institué pour la durée d'une copropriété, revêtait un caractère perpétuel, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a résolu cette apparente contradiction dans le sort réservé à ce caractère (3e Civ., 7 juin 2018, pourvoi nº 17-17.240, publié au *Bulletin* et mentionné au *Rapport annuel* 2018).

Une société civile immobilière (SCI) avait acquis divers lots à vocation commerciale, dont un à usage de piscine, faisant partie d'un immeuble en copropriété dont les vendeurs avaient signé, le 20 août 1970, une convention « valant additif » au règlement de copropriété par laquelle ils s'étaient engagés à assumer les frais de fonctionnement de la piscine et à autoriser son accès gratuit aux copropriétaires, au moins pendant la durée des vacances scolaires.

Un arrêt, rendu sur renvoi après cassation (3e Civ., 27 novembre 2013, pourvoi nº 12-25.305), devenu définitif, après avoir déclaré valable cette convention et retenu qu'elle avait fait naître une obligation réelle dont étaient tenus les propriétaires successifs des lots, avait condamné la SCI à procéder, dans les termes de celle-ci, à l'entretien et à l'exploitation de la piscine.

La particularité de ce montage tenait donc à ce qu'au lieu que cette piscine soit une partie commune dont la charge de l'entretien incomberait aux copropriétaires et la maintenance à un prestataire extérieur, elle avait été intégrée dans un lot privatif et un additif au règlement de copropriété avait institué différentes charges sur le copropriétaire acquéreur conduisant à en faire, *mutatis mutandis*, des « parties privatives à jouissance commune », de sorte que la situation était similaire mais inversée par rapport à celle pour laquelle il était admis la perpétuité du droit de jouissance privatif.

La SCI ayant alors assigné le syndicat des copropriétaires en constatation de l'expiration des effets de cette convention à compter du 20 août 2000, la cour d'appel a rejeté la demande.

Pour décider que les droits litigieux n'étaient pas soumis aux règles de l'usufruit, par extension de l'application des articles 619 et 625 du code civil et, partant, pas expirés, elle a procédé par un raisonnement en deux temps.

Elle a, d'abord, retenu, qu'ayant été établis en faveur des autres lots de copropriété et constituant une charge imposée à certains lots, pour l'usage et l'utilité des autres lots appartenant à d'autres propriétaires, ils étaient des droits réels *sui generis* trouvant leur source dans le règlement de copropriété. Puis, ayant constaté que, par l'intégration de ces dispositions au règlement, les parties avaient exprimé leur volonté de créer des droits et obligations attachés aux lots des copropriétaires, elle a en a déduit que, sans être perpétuels, ils pourraient s'exercer aussi longtemps que les copropriétaires n'auraient pas modifié le règlement et aussi longtemps que l'immeuble demeurerait soumis au statut de la copropriété.

C'est par un motif, substitué à ceux critiqués, selon lequel « est perpétuel un droit réel attaché à un lot de copropriété conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale d'un autre lot », que le pourvoi a été rejeté.

Sans revenir sur la prohibition de la perpétuité des droits réels innommées concédés à une personne, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a donc donné toute sa cohérence à sa jurisprudence en consacrant la nature perpétuelle du droit réel de jouissance spéciale attaché à un lot de copropriété auquel il emprunte donc sa nature.

Sécurisant ainsi le droit de jouissance privatif sur des parties communes, tous ses commentateurs s'accordent sur l'importance de ce dernier arrêt.

Si certains en cantonnent les effets au domaine de la copropriété (F. Danos, *Revue des contrats*, septembre 2018, n° 3, p. 436 ; H. Périnet-Marquet, *JCP* éd. G, 893 ; J. Laurent, « Une servitude qui ne dit pas son nom ? Consécration d'un droit réel de jouissance spéciale perpétuel entre lots de copropriété », *Répertoire du notariat Defrénois*, 25 octobre 2018, n° 42, p. 33 ; V. Perruchot-Triboulet, *Annales des Loyers*, novembre 2018, n° 11, p. 105 ; M. Eeckhoudt, « Droits réels de jouissance spéciale : un inventaire à la Prévert », *Petites affiches*, 23 novembre 2018, n° 235, p. 9), d'autres y voient une première étape vers un régime libéralisé de création de droits réels *sui generis* « *propter rem* » perpétuels (F. Masson, « Liberté de créer des droits réels *sui generis* perpétuels en copropriété : la promesse de l'aube ? », *Recueil Dalloz* 2018, p. 1577 ; J.-M. Roux, *Annales des Loyers*, septembre 2018, n° 9, p. 60) ou, d'ores et déjà, le conçoivent telle l'affirmation de la perpétuité de ceux-ci (J. L. Bergel, *RDI* 2018. 448 ; N. Kilgus, « Droit réel de jouissance spéciale et perpétuité : une nouvelle étape ? » *Dalloz actualité*, 19 juin 2018).

Ces interrogations laissent ouverte la question de l'évolution du droit français de la propriété vers une conception américaine dite du « *Bundle of rights* » où la propriété n'est plus considérée comme un droit absolu d'une personne sur une chose, mais relève d'un faisceau de droits reliant, par un ensemble complexe de relations sociales et juridiques, le propriétaire à d'autres personnes à propos de son bien (T. W. Merrill, H. E. Smith, « What Happened to Property in Law and Economics ? », *The Yale Law Journal*, 2, 2001, pp. 357-398).

§ II. L'articulation du droit réel de jouissance spéciale et de la servitude

Postérieurement aux arrêts précités portant sur des droits réels de jouissance spéciale, la Cour de cassation a réaffirmé par un arrêt du 6 juin 2019 (3e Civ., 6 juin 2019, pourvois n° 18-14.547 et n° 18-15.386, en cours de publication) sa jurisprudence selon laquelle « *une servitude ne peut* être *constituée par un droit exclusif interdisant au propriétaire du fonds servant toute jouissance de sa propriété* » (3e Civ., 24 mai 2000, pourvoi n° 97-22.255, *Bull. civ.* 2000, III, n° 113) ou « *ne peut conférer le droit d'empiéter sur la propriété d'autrui* » (3e Civ., 27 juin 2001, pourvoi n° 98-15.216, Bull. 2001, III, n° 87).

À l'occasion de la vente, conclue en 1993, d'un immeuble incluant à un étage une partie d'une pièce dépendant d'un bâtiment voisin, resté propriété du vendeur, une clause avait été stipulée pour laisser la situation en l'état, c'est-à-dire pour permettre au vendeur ou à ses ayants droit, à titre de servitude, de continuer à jouir exclusivement et tant qu'ils le souhaiteraient de la partie vendue de cette pièce. L'acquéreur, après la vente du bâtiment voisin, soumis au statut de la copropriété, exerça une action en annulation de cette servitude. Le pourvoi formé contre l'arrêt ayant accueilli la demande faisait valoir en substance

que la clause litigieuse avait constitué au profit du vendeur un droit réel de jouissance spéciale.

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi au motif « *qu'ayant retenu, d'une part, que, lors de la vente, les parties avaient entendu créer, de manière expresse et non* équivoque , *un service* à *la charge du fonds acquis par M*[me] *R. et au profit du fonds voisin initialement conservé par la société C, d'autre part, que la convention interdisait, compte tenu de la configuration des lieux, toute jouissance de la pièce objet de la clause par son propriétaire, la cour d'appel n'a pu qu'en déduire que la clause litigieuse avait institué une servitude dont elle a prononcé,* à *bon droit, la nullité* ».

Sont ainsi rappelées les catégories ou classifications juridiques établies par le code civil, c'est-à-dire la distinction entre le droit de propriété, le simple droit de jouissance conférant à une personne un droit direct sur un bien, et les services fonciers ou servitudes, qui créent un rapport entre fonds, en principe perpétuel, chacune de ces catégories étant elle-même ouverte à la liberté contractuelle, liberté offerte par l'article 686 du code civil s'agissant des servitudes, et par la jurisprudence, renouvelée par l'arrêt *Maison de la poésie*, s'agissant des droits de jouissance.

La clause litigieuse, qualifiée de servitude en ce qu'elle entendait créer un rapport effectif de fonds à fonds, n'était cependant pas une simple charge foncière mais revenait à transférer au profit d'un fonds et au gré de ses propriétaires successifs l'entière utilité d'une pièce dépendant d'un autre fonds. En cela, cette clause contredisait la définition de la servitude et le droit de propriété du propriétaire de cette pièce.

Une servitude ne peut être un droit de jouissance spécial. Ce droit s'insère nécessairement dans les catégories juridiques existantes, à commencer par le droit de propriété lui-même, et la question peut se poser de savoir si ce droit de jouissance spécial pourrait être à lui seul, sans repenser la figure du propriétaire, l'instrument d'une éventuelle évolution du droit français vers une propriété qui relèverait d'un faisceau de droits.

TABLE DES MATIERES